

Die Angleichung
der deutschen Verfahrensgesetze

— Die Berufung —

von

Otto Grimm

aus Roth bei Nürnberg

1961

DIE ANGLEICHUNG DER DEUTSCHEN VERFAHRENSGESETZE

- DIE BERUFUNG -



Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Otto Grimm
aus Roth bei Nürnberg

Approbiert am: 1. Dez. 1960

Referent: Professor Dr. K. H. Schwab

Dekan: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
1. Abschnitt: Allgemeiner Teil	1
A. Reformbestrebungen	1
I. Allgemeines	1
II. Ziele im einzelnen	2
B. Ziel der Arbeit	5
C. Abgrenzung des Stoffs der Untersuchungen und Charakterisierung der einzelnen Verfahrensarten	6
I. Allgemeines	6
1. Kriterien der Stoffabgrenzung	6
2. Notwendigkeit der Charakterisierung	7
3. Verfahrensgrundsätze	7
II. Auszuscheidende Verfahren	8
1. Der Verfassungsprozeß	8
2. Der Strafprozeß	8
3. Die freiwillige Gerichtsbarkeit	9
4. Verfahren vor den Mieteinigungsämtern	11
III. Einzubeziehende Verfahren	12
1. Aufzählung	12
2. Kennzeichnung der einzelnen Verfahren	13
a) Die ZPO	13
b) Das ArbGG	14
c) Die VwGO	16
d) Der EFGO	19
e) Das SGG	21
f) Nebengesetze	22
D. Die Methode der Untersuchungen	22

2. Abschnitt: Besonderer Teil	24
1. Kapitel: Begriff und Wesen der Berufung	24
2. Kapitel: Die Berufung im einzelnen	27
§ 1. Die Statthaftigkeit der Berufung	27
A. Allgemeines	27
I. Stoffabgrenzung für § 1	27
II. Systematik der Zulässigkeitsregelung	28
B. Die generelle Statthaftigkeit der Berufung	29
I. Allgemeine Beseitigung der Berufung	29
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	29
2. Zweckmäßigkeit	31
a) Allgemein	31
b) Besonderheiten des Verwaltungs- gerichtsprozesses	37
aa) Untersuchungsgrundsatz	37
bb) Vorverfahren	37
c) Ergebnis	41
II. Allgemeine Einführung der Berufung	41
1. EFGO	41
2. Nebengesetze	46
a) BLBeschG, BBauG	46
b) FlurbG	47
c) WPflG	48
d) LAG, FeststG	49
e) KgfEG	50
3. Ergebnis	51
C. Bestimmung über die generelle Statthaftig- keit der Berufung	51
I. Anfechtbare Entscheidungen	51
1. Endurteile	51

a) Schiedsurteile	51
b) Versäumnisurteile	52
c) MSchG	52
2. Zwischenurteile	53
a) Klagezulässigkeit bejahendes Zwischenurteil	53
b) Sonstiges prozessuales Zwi- schenurteil	53
c) Zwischenstreit mit Dritten	55
3. Vorbehaltsurteil	55
4. Grundurteil	55
5. Erstinstanzliche Urteile	56
II. Berufungsgericht	56
III. Besonderheit des SGG	56
IV. Ergebnis	56
D. Einschränkungen der Berufungsmöglichkeiten	57
I. Allgemeines	57
II. Einschränkung nach angefochtenem Teil des Urteils	57
III. Einschränkung nach der Begründung	58
1. Sachliche Unzuständigkeit	58
2. Örtliche Unzuständigkeit	58
3. Fehlerhafte Richterberufung	59
IV. Einschränkung nach Wertgrenze	61
1. Allgemeines	61
2. Vermögensrechtliche Streitig- keiten	63
3. Beschwerde-, Streitgegenstand	65
4. Übersteigt - erreicht	66
5. Ausnahmen von der Wertgrenze	36
6. Höhe der Wertsumme	67
7. Wertberechnung und Glaubhaft- machung	67
a) Wertberechnung	67
b) Glaubhaftmachung	68

8. Ergebnis	68
V. Einschränkung nach Anspruchsarten	69
1. VwGO, GüBB	69
2. SGG	70
E. Ausnahmen von den Berufungseinschränkungen	72
I. Die Zulassungsberufung	72
1. Zweck	72
2. Einführung in ZPO	73
3. Regelungstechnik	73
4. Welche Einschränkungen durchbricht Zulassung	74
5. Voraussetzungen der Zulassung	74
a) Abhängigkeit von Wertsummenbegrenzung	74
b) Zulassungszwang, -möglichkeit	75
c) Fälle der Zulassung	76
aa) Grundsätzliche Bedeutung	76
bb) Abweichung von Entscheidung	76
6. Überprüfbarkeit der Entscheidung über die Zulassung	78
7. Ergebnis	80
II. Verfahrensmängel	82
III. § 511 a IV ZPO 2. Modalität	85
IV. § 150 Nr. 3 SGG	86
F. Berufung gegen Versäumnisurteil	86
<u>§ 2. Der Verzicht auf die Berufung</u>	87
A. ZPO, ArbGG	87
B. VwGO, EFGO, SGG	87
C. Ergebnis	88
<u>§ 3. Die Einlegung der Berufung und die Berufungsbegründung</u>	89

	Seite
A. Ort der Berufungseinlegung	89
B. Form der Berufungseinlegung	91
I. Schriftlich - zu Protokoll	91
II. Ausfertigung des Urteils	91
III. Beizufügende Abschriften	91
IV. Nachweis der Urteilszustellung	92
C. Inhalt von Berufungsschrift und -begründung	92
I. Bezeichnung des angefochtenen Urteils	93
II. Erklärung, daß Berufung eingelegt werde	93
III. Berufungsanträge	93
IV. Berufungsgründe	94
V. Neue Tatsachen und Beweismittel	95
VI. Wert des Beschwerdegegenstandes	96
VII. Berufungsbegründung, Grundsatz	96
VIII. Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze	97
D. Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist	97
I. Allgemeines, Dauer und Unterschei- dung der Fristen	97
1. Die großen Verfahrensgesetze	97
a) Berufungs- und Berufungs- begründungsfrist von je 1 Monat	98
b) je 2 Wochen	99
c) Gemeinsame Frist von 1 Monat	99
d) Gemeinsame einmonatige, ver- längerbare Frist	100
e) Verlängerungsmöglichkeit nur für Begründung	100
2. § 218 II BEG	100
II. Inhalt von Berufungsschrift und Berufungs- begründung	101
III. Art der einheitlichen Frist	101

1. Notfrist	101
a) ZPO, ArbGG	101
b) VwGO, EFGO, SGG	102
2. Verlängerungsmöglichkeit	103
IV. Lauf der einheitlichen Frist	104
1. Beginn	104
a) Mit Zustellung des Urteils	104
aa) Zustellung von Amts wegen	104
bb) Zustellung des vollständigen Urteils	105
b) § 516 letzter Hbs. ZPO	105
2. Berufungsfrist bei Ergänzungsurteil	106
3. Rechtsmittelbelehrung	107
E. Ergebnis	107
<u>§ 4. Die Wirkung der Berufungseinlegung</u>	110
A. Suspensiv- und Devolutiveffekt	110
B. § 154 SGG	110
<u>§ 5. Die Zurücknahme der Berufung</u>	111
A. Die Möglichkeit der Zurücknahme	111
I. Allgemeines	111
II. Die Zeit der Zurücknahme	111
1. Frühester Zeitpunkt	111
2. Spätester Zeitpunkt	111
III. Einwilligungserfordernisse	113
1. Einwilligung des Berufungsbeklagten	113
a) Einwilligungserfordernis	113
b) Maßgebliche Zeit	114
2. Einwilligung des VöI	115

	Seite
B. Die Erklärung der Rücknahme	115
I. Gegenüber dem Gericht	115
II. Form	115
C. Die Wirkung der Rücknahme	116
I. Verlust des eingelegten Rechtsmittels	116
II. Kostentragung	117
D. Der Ausspruch über die Folgen der Rücknahme	117
I. Gegenstand des Ausspruchs	117
1. Kosten	117
2. Verlust des Rechtsmittels	118
II. Form des Ausspruchs	118
III. Verfahren	118
1. Antragserfordernis	118
2. Keine mündliche Verhandlung	119
IV. Anfechtbarkeit	119
E. Ergebnis	119
<u>§ 6. Die Anschlußberufung</u>	121
A. Allgemeines	121
I. Unselbständige und selbständige Anschlußberufung	121
II. Wesen der (unselbständigen) AB	121
B. Die unselbständige Anschlußberufung	123
I. Zulässigkeit	123
1. Grundsatz	123
2. Anschlußberechtigte	123
3. Anfechtung des Versäumnisurteils durch Anschließung	124
II. Art und Weise der Anschließung	125
1. Ort der Anschließung	125

2. Form der Anschließung und Begründung	125
a) Allgemeines	125
b) Anschlußschrift	126
c) Begründung der AB	127
III. Die weitere Behandlung der AB	128
1. § 522 a III, 519 a ZPO	128
2. Verwerfung der AB	128
IV. Die Auswirkung von Rücknahme und Verwerfung der Hauptberufung	128
C. Die selbständige Anschlußberufung	129
I. Wesen	129
II. Aufrechterhaltung der selbständigen AB auf Antrag	131
III. Entscheidung über die Zulässigkeit der aufrechterhaltenen selbständigen AB	131
D. Ergebnis	132
<u>§ 7. Das Berufungsverfahren</u>	134
A. Beginn des Berufungsverfahrens	134
I. Zustellung von Berufungsschrift und -begründung	134
1. ZPO, ArbGG	134
2. Angleichung an die übrigen Gesetze	134
a) § 519 a S. 1 ZPO	134
b) § 519 a S. 2 ZPO	134
3. § 519 a S. 1 und 2 bei der AB	135
II. Aktenanforderung	135
III. Prüfung der Zulässigkeit der Berufung	135
1. Überblick	135
2. Grundsatz	136
3. Verfahren und Form der Entscheidung	137

	Seite
a) Form der Entscheidung	137
b) Mündliche Verhandlung	138
c) Anhörung der Beteiligten	138
d) § 66 II 2 ArbGG	138
4. Anfechtbarkeit der Entscheidung	138
a) Allgemeines, ZPO	138
b) ArbGG	139
c) VwGO, EFGO, SGG	139
5. Ergebnis	140
IV. Terminsbestimmung und -bekannt- machung, Einlassungsfrist	141
1. ZPO, ArbGG	141
2. VwGO, EFGO, SGG	142
3. Ergebnis	143
B. Der Streitbereich	143
I. Allgemeines	143
II. Die Bestimmung über den Streitbereich	143
1. ZPO, ArbGG	144
2. VwGO, EFGO, SGG	146
III. Im besonderen neue Ansprüche	147
1. Klageänderung	147
a) ZPO, ArbGG, MSchG	147
b) VwGO, EFGO, SGG	148
2. Widerklage	148
a) ZPO, ArbGG	148
b) VwGO, EFGO, SGG	149
IV. Ergebnis	149
C. Der Streitstoff	149
I. § 512 ZPO	149
1. ZPO, ArbGG	149
2. VwGO, EFGO, SGG	150

II. § 537 ZPO	151
1. ZPO, ArbGG	151
2. VwGO, EFGO, SGG	152
3. Ergebnis	152
III. Neuer Streitstoff	152
1. Allgemeines	152
2. ZPO, ArbGG	154
3. VwGO, EFGO, SGG	155
4. Die Aufrechnung im besonderen	156
a) ZPO, ArbGG	156
b) VwGO, EFGO, SGG	156
5. Ergebnis	157
IV. Die weiteren Bestimmungen der ZPO	157
1. § 526 ZPO	157
2. § 528 S.1 ZPO	158
3. § 528 S.2 ZPO	159
a) ZPO, ArbGG	159
b) VwGO, EFGO, SGG	159
4. § 530 ZPO	160
a) ZPO, ArbGG	160
b) VwGO, EFGO, SGG	161
5. § 532 ZPO	161
6. § 533 ZPO	161
a) ZPO, ArbGG	161
b) VwGO, EFGO, SGG	162
7. § 531 ZPO	163
a) ZPO, ArbGG	163
b) VwGO, EFGO, SGG	163
D. Das weitere Verfahren	164
I. Allgemeine Verweisung auf die erste Instanz	164
1. Solche Verweisung schon überall	164

	Seite
2. Besonderheiten	164
a) Doppelverweisung im ArbGG	164
b) Worauf wird verwiesen	164
c) EFGO	165
3. Ergebnis	165
II. Sonstige Verfahrensbestimmungen	165
1. Das Verfahren vor dem Einzelrichter	165
2. § 155 SGG	166
3. Vollstreckbarkeitserklärung des erstinstanzlichen Urteils (§ 534 ZPO)	167
a) § 534 I ZPO	167
b) § 534 II ZPO	168
c) Ergebnis	169
E. Das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz	169
I. ZPO, ArbGG	169
II. VwGO, EFGO, SGG	169
III. Ergebnis	171
<u>§ 8. Die Entscheidung auf die Berufung</u>	172
A. Gegenstand der Entscheidung	172
B. Selbstentscheidung oder Zurückverweisung	172
I. Die möglichen Entscheidungen	172
II. Die Zurückverweisung	173
1. ZPO, ArbGG	173
2. VwGO, EFGO, SGG	174
3. Gegenüberstellung beider Gruppen	174
a) Zurückverweisungsmöglichkeit oder -zwang	174
b) Fälle der Zurückverweisungsmöglichkeit	175

aa) Mangelnde Sachentscheidung erster Instanz	175
bb) § 538 I Nr. 5 ZPO	176
cc) § 538 I Nr. 1 ZPO	177
dd) § 538 I Nr. 3 ZPO	177
ee) § 538 I Nr. 4 ZPO	78
ff) Wesentliche Verfahrens- mängel	178
gg) Bekanntwerden neuer Tat- sachen und Beweismittel	178
III. Die Bindung des Untergerichts bei Zurück- verweisung	180
IV. Ergebnis	
C. Weiterer Inhalt des Berufungsurteils	31
I. Revisionszulassung	181
II. Wertfestsetzung	182
D. Die Form des Berufungsurteils	183
I. Bezugnahme auf den Tatbestand des Ersturteils	183
II. Unterzeichnung des Urteils	183
E. Aktenübersendung	183
Zusammenfassung	185
Lebenslauf	

LITERATURVERZEICHNIS

- Adickes, Franz Grundlinien durchgreifender Justizreform,
Berlin 1906
- Adickes, Franz Zur Verständigung über die Justizreform,
Berlin 1907
- Amelunxen DRiZ 55, 253 f.
- Arndt, Adolf Grundfragen einer Reform der deutschen Justiz,
Deutsche Richterzeitung 59, 199 ff.
- Arndt, Herbert Die ungeteilte Rechtsprechung, DRiZ 50, 229 ff.
- Arndt, Herbert Rationalisierung der Rechtspflege, DRiZ 55,
102 ff.
- Arndt, Herbert Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der
Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammen-
zufassen? DRiZ 57, 198 ff.
- Auffahrt Die Statthaftigkeit der Revision, RdA 59, 13 ff.
- Bachof, Otto Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Tübingen
1957, zitiert: Bachof
- Bachof, Otto Nochmals: Zur Frage des Anwaltszwanges im
Verwaltungsprozeß, DVBl. 54, 392 ff.
- Bachof, Otto Über die Notwendigkeit des Anwaltszwangs im
Verwaltungsprozeß, NJW 54, 256 ff.
- Bachof, Otto Urteile von der Stange? DÖV 57, 564 ff.
- Bachof, Otto Justiz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
ZZP 65, 1 ff.
- Bachof, Otto Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen
Rechts, AöR 83, 208 ff.
- Bachof, Otto Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit, DVBl. 58, 6 ff.

- Baring, Martin Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit, AöR 76, 435 ff.
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 25. Aufl., München und Berlin 1958
- Baur, Fritz Freiwillige Gerichtsbarkeit, Tübingen 1955, zitiert: Baur
- Baur, Fritz Die Zersplitterung der Rechtspflege, Einige Vorschläge zur Milderung ihrer Folgen, JZ 55, 303 ff.
- Baur, Fritz Ist der Bundesgesetzgeber befugt, eine Vorschrift darüber zu treffen, daß Landesgerichte einem bestimmten Landesminister unterstellt werden? DRiZ 56, 119 ff.
- Baur, Fritz Bericht über die Zivilprozeßrechtslehrtagung 1956, JZ 56, 731 f.
- Baur, Fritz Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozeß, ZZP 71, 161 ff.
- Bettermann, Karl August Kommentar zum Mieterschutzgesetz, Tübingen 1950, zitiert: Bettermann
- Bettermann, Karl August Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl. 51, 39 ff.
- Bettermann, Karl August Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 53, 163 ff. und 202 ff.
- Bettermann, Karl August Die Revision wegen wesentlicher Verfahrensmängel insbesondere nach dem Bundesverwaltungsgerichtsgesetz, NJW 54, 1305 ff.
- Bettermann, Karl August Anmerkung zum Urteil des BSG vom 14. 7. 1955, NJW 56, 439.
- Bettermann, Karl August Die Verfahrensrevision zum Bundessozialgericht, NJW 56, 1387 ff.

- Bettermann, Karl August Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen, ZZP 70, 161 ff.
- Bettermann, Karl August Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in Festschrift für Lent, München und Berlin 1957, S. 17 ff.
- Bettermann, Karl August Das Verwaltungsverfahren, Leitsätze des Referats, gehalten auf der Statsrechtslehrtagung in Wien, DÖV 58, 930 ff.
- Birkholz, Hans H. Zum Wesen und Wirken der Finanzgerichte und zur Neuordnung der Finanzgerichtsbarkeit, DRiZ 56, 10 ff.
- Bitter, Georg Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, BayVBl. 58, 41 ff.
- Bötticher, Eduard Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung (1.4.60), RdA 60, 161 ff.
- Braun, Alban Kann die Überlastung der Sozialgerichtsbarkeit gesteuert werden? SozVers 55, 248
- Brockhoff Zwei- oder dreistufige Finanzgerichtsbarkeit? FR 58, 450 ff. und FR 59, 51 f.
- Bruns, Hans-Jürgen Bindet die Rechtskraft deklaratorischer Urteile der Zivil- und Verwaltungsgerichte auch den Strafrichter? in Festschrift für Lent, München und Berlin 1957, S. 107 ff.
- Buchholz Die Rechtsmittelbeschränkung in Wohnungssachen in Niedersachsen und Schleswig-Holstein, DVBl. 52, 361 ff.
- Bühler, Ottmar Die rechtsstaatlichen Forderungen auf dem Gebiet des Steuerrechts im Rahmen der dingendsten steuerpolitischen Anliegen, StbJb 1955/56, 19 ff.

- Bühler, Ottmar Grundsätzliche Fragen der Neuordnung der Finanzgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1958, Heft 35 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, zitiert: Bühler
- Cartellieri, Wolfgang Ein Recht, aber wieviel Gerichtsbarkeiten? BB 53, 1021 ff.
- Chemnitz, Jürgen Die Vorschläge des Deutschen Richterbundes zur Beschleunigung des Zivilprozesses, AnwBl. 59, 93 ff.
- Christensen, Bent Die Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung - Dänemark und England - VerwArch 49, 312 ff.
- Clasen Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsvorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 58, 861 f.
- Coing, H. Der Aufbau der rechtsprechenden Gewalt zum Nutzen des Volkes, DRiZ 56, 241 ff.
- Daprich, Gerhard Zur Reform des Revisionsrechts, JR 60, 401 ff.
- Dersch-Volkmar Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1955.
- De With, Hans-Joachim Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung der deutschen Verfahrensgesetze unter Berücksichtigung des Prozeßzwecks, der Dispositionsmaxime, des Streitgegenstandes, der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime, Dissertation Erlangen 1958.
- Dietz-Nikisch Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954
- Dittus, Wilhelm Zum Erscheinen des Bundesbaugesetzes, DVBl. 60, 537 ff.
- Dittus-Zinkahn Baulandbeschaffungsgesetz, München und Berlin 1954
- Von Dreising, Wolf Zum Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern, DÖV 60, 241 ff.

Egidi	Drei Jahre Bundesverwaltungsgericht, DVB1. 56, 559 ff.
Ehrig, H. -G.	Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 59, 217 ff.
Ernst	Justizreform, NJW 52, 1076.
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, München und Berlin 1960
Falkenberg, Georg	Der Weg zur dreistufigen Finanzgerichtsbarkeit, StW 55, 289 ff.
Fellner, Michael	Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch 48, 95 ff.
Feneberg, Hermann	Aktuelle Fragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BayVB1 59, 306 ff.
Ferge, Hans	Zu Schiffers "Sofortprogramm für die deutsche Justiz", JZ 53, 540 ff.
Flatow-Joachim	Arbeitsgerichtsgesetz, 1928
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München und Berlin
Friederichs, Helmut	Zwei Jahre Sozialgerichtsbarkeit, BB 56, 276.
Friederichs, Helmut	Ressortvereinheitlichung - Allzuständiges Gericht, NJW 57, 1344 ff.
Friederichs, Helmut	Rechtsprechungsministerium - ja oder nein? DRiZ 56, 232 ff.
Fritsch,	Finanzgerichtsbarkeit und Finanzverwaltung, Wpg 55, 34 ff.
Galperin, Hans	Die Vereinheitlichung aller Gerichtsbarkeiten und die Gerichte für Arbeitssachen, ZSR 57, 133 ff.
Gehring, Werner	Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klage- befugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfech- tungsprozeß, DÖV 54, 331 ff.

Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Berlin und Frankfurt/Main 1952, zitiert: Geiger
Geiger, Willi	Justiz und Verwaltung, DÖV 50, 519 ff.
Gross, Werner	Betrachtungen, DVBl. 55, 554 ff.
Grundeis	Der Ruf nach einer zweiten Tatsacheninstanz im gerichtlichen Verfahren für Lastenausgleichs- sachen, ZLA 56, 262 ff.
Grussendorf, W.	Die Neuregelung der Revision, NJW 60, 10 ff.
Gunkel	Vereinfachung des Verfahrens vor den Sozialge- richten, SozVers 55, 245 ff.
Güntner	Berufungsgrenze im Arbeitsgerichtsprozeß, BB 51, 83.
Haas, Diether	Ausschüsse in der Verwaltung, VerwArch 49, 14 ff.
Hahn, C.	Die gesammten Materialien zur Civilprozeß- ordnung, 2. Aufl., Berlin 1881, zitiert: Hahn
Hahn, C.	Die gesammten Materialien zu dem Gerichts- verfassungsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1883, zitiert: Hahn GVG.
Hahn-Mugdan	Die gesammten Materialien zu den Reichs- Justizgesetzen, 8. Band, Berlin 1898.
Hahnenfeld, Günter	Die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsmittelbe- schränkung im Wehrpflichtrecht, NJW 58, 2002 ff.
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956, zitiert: Hamann
Hamann, Andreas	Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeiten? DVB1. 55, 205 ff.
Hamann, Andreas	Zum Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, RiA 55, 100 ff.
Hartung	Die Stellung der Steuergerichte zur Finanzver- waltung, BB 54, 201 ff.

Hartung	Behandlung der Einsprüche in den Steueraus- schußsitzungen und Beschleunigung des Steuer- berufungsverfahrens, StW 55, 499 ff.
Hartung	Die Geschäftslage bei den Finanzgerichten, StW 57, 238 ff.
Hauck	Vorverfahren und gerichtliches Verfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz, NJW 58, 327 ff.
Haueisen	Der Verfahrensmangel als Revisionsgrund im Sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 55, 1857 ff.
Haueisen	Zur rechtlichen Qualifizierung des Rentenbe- scheids, NJW 58, 441 ff.
Haueisen	Die Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, DVBl. 58, 769 ff.
Heigl	Verwaltungsgerichtliche Berufungsinstanz in Lastenausgleichssachen? ZLA 56, 370 ff.
Held, Robert	Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Das amtsgerichtliche Verfahren, JW 31, 3501 ff.
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953.
Herschel, Wilhelm	Das richterliche Ermessen bei relativer Berufungs-, Revisions- und Beschwerdefähigkeit, RdA 56, 41 ff.
Herting, Detlev	Zur Schaffung einer Finanzgerichtsordnung, Zwei oder drei Instanzen? AnwBl. 54, 58 ff.
V. d. Heydte	VeröffVDStRL 8, 163.
Hirschmann, Karl	Zur Funktionseinheit der rechtsprechenden Gewalt, DRiZ 55, 132 ff.
Hirschmann, Karl	Das Rechtspflegeministerium, DRiZ 57, 2 ff.
Hirschmann, Karl	Der Weg zum Rechtspflegeministerium, DRiZ 58, 6 ff.
Hoffmann	Probleme der Finanzgerichtsbarkeit, StW 57, 73 ff.

Holzweg	Zur Frage einer einheitlichen Verwaltung der Gerichte aller Gerichtszweige, DRiZ 56, 79 ff.
Homann, Georg	Gedanken zur Justizreform - Stellung der Finanzgerichte, FR 57, 265 ff.
Van Husen, Paulus	Die Entfesselung der dritten Gewalt, AöR 78, 49 ff.
Van Husen, Paulus	Die Überlastung der Verwaltungsgerichte, DVBl. 58, 671 ff.
Jagusch, Heinrich	Reform des Bundesgerichtshofs? JZ 55, 33 ff.
Jansen, P.	Die Verfahrensrevision zum Bundessozialgericht, NJW 56, 1387.
Jesch, Dietrich	Die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Verwaltungsprozeß und reformatio in peius, DÖV 55, 391 ff.
Johanssen	Die Denkschrift der Vereinigung der Finanzrichter zur Schaffung eines Gesetzes über die Finanzgerichtsbarkeit im Geiste des Grundgesetzes, StW 54, 287 ff.
Jonas, M.	Gedanken über die Neugestaltung der Gerichtsorganisation, DR 41, 1329 ff.
Kaatz	Betrachtungen zum Entwurf der Finanzgerichtsordnung, DStZ 57, 41 ff.
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957.
Keidel, Fritz und Theodor	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., München und Berlin 1954.
Kern, Eduard	Die Stunde der Justiz, DRZ 47, 105 ff.
Kern, Eduard	Einheitliche Gerichtsbarkeit, DRiZ 56, 214 ff.
Kleinknecht-Müller	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl., Darmstadt 1958
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960.

- Kniesch, Joachim Grundriß des Gerichtsverfahrensrechts,
Lübeck 1954, zitiert: Kniesch
- Kniesch, Joachim Die Notwendigkeit der Einheit der Rechtspflege,
NJW 54, 1137 ff.
- Kniesch, Joachim Zur Vereinheitlichung des Gerichtsverfahrens-
rechts, MDR 54, 5 ff.
- Kniesch, Joachim Teilfragen zum Revisionsrecht, MDR 55, 132 ff.
- Kniesch, Joachim Verfassungswidrigkeit und Unzweckmäßigkeit
der Abschaffung der Berufungsinstanz in Lasten-
ausgleichs- und Kriegsgefangenenentschädigungs-
sachen, ZLA 56, 146 ff.
- Kniesch, Joachim Zur Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens der
Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungs-
gerichtsprozesses, NJW 58, 576 ff.
- Kniesch, Joachim Die Bedenklichkeit der weiteren Beschränkung
der Berufungsinstanz im verwaltungsgerichtlichen
Verfahren, NJW 60, 851 ff.
- Knoll, Erich Die Angleichung der deutschen Verfahrensge-
setze - Die gerichtlichen Entscheidungen -
Dissertation Erlangen 1958
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt/
Main 1960.
- Körner, Gerhard Rechtsbehelfsbelehrung und Fristenlauf,
NJW 60, 1184 ff.
- Körting, Ehrhart Erfordernisse der Berufungsbegründung,
AcP 142, 92 ff.
- Kollmann Justizeinheit? DVBl. 52, 618 ff.
- Kraemer, Wilhelm Berufung und Revision im Entwurf einer Zivil-
prozeßordnung von 1931, ZZP 57, 395 ff.
- Krönig, Ernst Zweite Tatsacheninstanz in Zivilsachen,
DR 41, 2098 ff.
- Kühn, Rolf Reichsabgabenordnung, 5. Aufl., Stuttgart 1958.

Landron, Pierre	Die Mitwirkung von Ausschüssen in der französischen staatlichen Verwaltung, VerwArch 49, 297 ff.
Lange	Organisation der Rechtspflege, SchlHA 53, 277 ff.
Lengler, Karl G.	Die Einheit der rechtsprechenden Gewalt als prozeßrechtliches Problem, JZ 57, 79 ff.
Lent, Friedrich	Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1958, zitiert: Lent, ZPO.
Lent, Friedrich	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., München und Berlin 1958, zitiert: Lent, FGG.
Lent, Friedrich	Über die Beseitigung der Rechtszersplitterung, NJW 54, 1585 ff.
Lent, Friedrich	Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, 267 ff.
Linn	Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache, DVBl. 56, 816 ff.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl., Berlin 1958.
Lorenz, Max	Beiträge zur Reform des deutschen Zivilprozeßrechts, JR 50, 521 ff.
Lorenz, Max	Über die volle Berufung im deutschen und die beschränkte Berufung im österreichischen Zivilprozeßrecht, ZZP 65, 169 ff.
Luetgebrune, H. A.	Kostenrecht im Verwaltungsprozeß, Göttingen 1953.
Maassen	Der zukünftige Steuerprozeß, FR 55, 345 ff.
V. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1957.
Marquardt, Gerhard	Von der Einheit der Rechtsprechung, JR 55, 161 ff.
Mattern, Friedrich	Miterledigung von vorderinstanzlichen Prozeßresten, JZ 60, 385 ff.

Mattern, Gerhard	Zur Organisation der Verwaltungs- und der Finanzgerichtsbarkeit, DÖV 50, 671 ff.
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Loseblattausgabe, München und Berlin 1959
Mellwitz, Artur	Sozialgerichtsgesetz, München und Berlin 1956, mit Ergänzungsband 1958.
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, zitiert: Menger.
Menger, Christian-Friedrich	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 55, 587 ff.
Merkel, Hans	Überwindung der Zersplitterung der rechtsprechenden Gewalt, AnwBl. 55, 173 ff.
Meyer-Hentschel	Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Teilproblem der Verwaltungsreform, VerwArch 48, 142 ff.
Mügel	Grundzüge einer landesrechtlichen Justizreform, 1919.
Müller, Gerhard	Gedanken zur Forderung nach der Einheit der Rechtspflege, B 55, 473 ff.
Müller, Gerhard	Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, in Festschrift für Wilhelm Herschel, Stuttgart 1955, S. 159 ff.
Müller, Gerhard	Kritische Gedanken zur Forderung nach der Einheit der Rechtspflege, RdA 57, 313 ff.
Münzel, Karl	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66, 334 ff.
Naumann, Richard	Prozessuale Fragen der Finanzgerichtsordnung, JZ 53, 100.
Naumann, Richard	Der Stand des Entwurfs der Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 53, 530 ff.
Naumann, Richard	Allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit und Finanzgerichtsbarkeit, DÖV 53, 535 ff.

Naumann, Richard	Der Entwurf der Finanzgerichtsordnung, DÖV 58, 189 ff.
Naumann, Richard	Verwaltungsgerichtsordnung und Sozialgerichtsgesetz, SGBkt 60, 129 - 132.
Naumann, Richard	Die Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 60, 201 ff.
Nebinger, Robert	Asthma, DÖV 53, 626 ff.
Niedermayer, Herbert	Keine Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 59, 1897 ff.
Niese, Werner	Über den Streitgegenstand der Anfechtungsklage, JZ 52, 353 ff.
Niese, Werner	Die allgemeine Prozeßrechtslehre und der Rechtskrafteintritt bei zurückgenommenen und unzulässigen Rechtsmitteln, JZ 57, 73 ff.
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.
Noack, Erich Erwin	Rationalisierungsmöglichkeiten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 59, 210 ff.
Noack, Erich Erwin	Verwaltungsgerichtsordnung und Rationalisierung, DVBl. 60, 221 ff.
Oswald, Franz	Zur Reform der Finanzgerichtsbarkeit und des steuerlichen Einspruchsverfahrens, StW 54, 679 ff.
Pagenstecher, Max	Die Berufung im neuen Zivilprozeßrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924, zitiert: Pagenstecher.
Pagenstecher, Max	Zur Anfechtbarkeit der Zwischenurteile, JR 27, 321 ff.
Peters	Inwiefern empfiehlt es sich, den deutschen Zivilprozeß nach dem Muster des österreichischen umzubilden? Gruchot 51, 48 ff.
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
Peters, Karl	Strafprozeß, Karlsruhe 1952.

- Peters-Sautter-Wolff Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit,
2. Aufl., Stuttgart, erstmalig 1958.
- Philippi, F. Berufung und Revision im Zivilprozeßentwurf,
Judicium 4, 1 ff.
- Pohle, Rudolf Der Bürger vor der Vielzahl der Gerichte,
in "Staat und Bürger", Festschrift für Willibald
Apelt, München und Berlin 1958, S. 171 ff.
- Prass Probleme einer kommenden Finanzgerichts-
ordnung, DStR 53, 129 ff.
- Preiser Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung,
JW 31, 2436 ff.
- Redeker, Konrad und
Von Oertzen, Hans-Joachim Verwaltungsgerichtsordnung,
Münster/Westf. 1960.
- Reinberger, Willy Das Neuerungsrecht in der Berufungsinstanz,
DR 41, 1039 ff.
- Reinberger, Willy Gegenvorschläge zum Entwurf einer ZPO,
JR 32, 102 ff.
- Reuss, Hermann Die Rationalisierung des Rechts und der Rechts-
pflege - ein Grundanliegen unserer Zeit - ,
AnwBl. 55, 144 ff.
- Reuss, Hermann Vom Wesen des Richtens, DVBl. 55, 311 ff.
- Reuss, Hermann Zwei Jahre Sozialgerichtsbarkeit, BB 56, 660.
- Reuss, Hermann Die dritte Gewalt. Einheit oder Differenzierung
in der Organisation der Rechtspflege?
JR 57, 321 ff.
- Reuss, Hermann Das Verwaltungsverfahren, psychologisch be-
trachtet, DÖV 58, 656 ff.
- Reuss, Hermann Rechtseinheit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
JR 60, 121 ff.
- Richter, Ernst-Günther Ausschluß der zweiten Tatsacheninstanz in ver-
waltungsgerichtlichen Lastenausgleichsverfahren,
ZLA 56, 305 ff.

Richter, Ernst-Günther	Zur Arbeit des Verwaltungsrichters in Lasten- ausgleichssachen, ZLA 57, 179 ff.
Richter, Ernst-Günther	Über die angebliche Vielschreiberei und Krise in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 59, 688 ff.
Ridder	Rezension von: Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, DÖV 57, 511 f.
Riechert	Das Versäumnisurteil und das Urteil nach Lage der Akten im Ehescheidungsrechtsstreit, ZZP 71, 339 ff.
Riewald, Alfred	Reichsabgabenordnung und Steueranpassungs- gesetz, Berlin, Köln 1955.
Röhl,	Letztmals: Zwei- oder dreistufige Finanzgerichts- barkeit? FR 59, 52.
Rohwer-Kahlmann	Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Bad Godesberg, Loseblattausgabe ohne Jahr.
Roquette, Hermann	Mieterschutzgesetz, München und Berlin 1956.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1960, zitiert: Rosenberg.
Rosenberg, Leo	Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, ZZP 57, 185 ff.
Rosenberg, Leo	Empfiehl sich die Einführung des Neuerungs- verbots im Berufungsverfahren in das deutsche Prozeßrecht nach dem Vorbild der österrei- chen Zivilprozeßordnung? ZZP 64, 6 ff.
Rosenberg, Leo	Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechts- weges, in Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 237 ff.
Ruckriegel, Werner	Beweislast und Beweislastverteilung im Verwal- tungsprozeß, DÖV 58, 531 ff.
Rupp, Hans Heinrich	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85, 149 ff.

von Sauer, Emil	Ansprache zur Eröffnung des deutschen Anwalts- tages 1955 in Mannheim, MDR 55, 383 ff.
Sauer, Wilhelm	Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951.
Schäfer, Hans	Die Änderungsvorschläge des Bundesrats zur Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 53, 169 ff.
Schäffer, Fritz	Gedanken zu einer Justizreform, NJW 60, 1225 ff.
Scheuner, Ulrich	Die Selbständigkeit und Einheit der Rechtspflege, DÖV 53, 517 ff.
Schiffer, Eugen	Die deutsche Justiz, Grundsätze einer durchgrei- fenden Reform, 1. Aufl. 1928, 2. Aufl. München und Berlin 1949, zitiert: Schiffer.
Schiffer, Eugen	Ein Sofortprogramm für die deutsche Justiz, JZ 53, 1 ff.
Schlegelberger, Franz	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilli- gen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., Köln, Berlin 1956.
Schlochauer, Hans-Jürgen	Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichts- barkeit, AöR 79, 185 ff.
Schmidt	Zur Lage der Sozialgerichtsbarkeit, DRiZ 59, 112 ff.
Schneider, Herbert	Zur Neugestaltung der Gerichtsorganisation, DR 41, 2024 ff.
Schneider	Bemerkungen zur Entwicklung und Belastung der Sozialgerichte, DRiZ 59, 8 ff.
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954.
Schoen, Xaver	Das Sozialgericht, ein besonderes Verwaltungs- gericht, DÖV 54, 597 ff.
Schöndorf, Anton	Die Bedeutung der ZPO für das verwaltungsge- richtliche Verfahren, BayVB1. 57, 274 ff.
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.

Schorn	Einheitliche Gerichtsbarkeit, DRiZ 54, 41 ff.
Schröder, Gerhard	Fünf Jahre Bundesverwaltungsgericht, DRiZ 58, 244 ff.
Schultz, Bruno	Einige Gedanken zum Standort des Verwaltungs- streitverfahrens im Gefüge einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, JR 56, 134 ff.
Schwab, Karl Heinz	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954.
Schwab, Karl Heinz	Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluß v. 17.12.58, NJW 59, 730.
Schwab, Karl Heinz	Anmerkung zu BGH, Urteil v. 16.6.1959 und Beschluß v. 3.7.1959, NJW 59, 1824 ff.
Schwinge, Erich	Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1935.
Seidel	Grundsätzliche Gedanken über eine große Justizreform, DRiZ 56, 141 ff.
Sellmann	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sozialgerichts- barkeit, NJW 57, 1091 ff.
Sellschopp	Zur Problematik der Berufungsbeschränkung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DVBl. 53, 718 ff.
Siegert, Karl	Grundlinien der Reform des Zivilprozeßrechts im Nachkriegseuropa, Köln, Berlin 1952.
Sieveking, Friedrich	Die neue Verwaltungsgerichtsordnung (II), MDR 60, 261 ff.
Spanner, Hans	Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 58, 651 ff.
Sperl, H.	Neues Vorbringen in der Berufung, Judicium 4, 181 ff.
Spitaler, Armin	Finanzgerichtsbarkeit und Grundgesetz, FR 54, 49 ff.
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen 1956, zitiert: Stein-Jonas-Schönke.

Steuer, Robert	Flurbereinigungsgesetz, München und Berlin 1956.
Stiefel	Prozeßidee und Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, NJW 54, 1788 ff.
Strauss, Walter	Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, SJZ 49, 523 ff.
Tietgen	Der 42. Deutsche Juristentag in Düsseldorf, DVBl. 57, 713 ff.
Timm	Die Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen aus der Sicht der Finanzgerichtsbarkeit, DVBl. 58, 812 ff.
Tipke, Klaus	Zweistufige oder dreistufige Finanzgerichtsbarkeit? DÖV 59, 333 ff.
Tittel,	Zur Problematik der Berufungsbeschränkung im Verwaltungsprozeß, NJW 56, 1700 ff.
Tittel, Hans-Joachim	Die Verwaltungsgerichtsordnung, DRiZ 60, 102 ff.
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band I, zweiter Halbband von M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Köln, Berlin 1960. Zitiert: Ule, VwGO.
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, München und Berlin 1960.
Ule, Carl Hermann	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Berlin, Köln, ohne Jahr, zitiert: Ule, BVerwGG.
Ule, Carl Hermann	Die künftige Verwaltungsgerichtsordnung, JZ 53, 681 ff.
Ule, Carl Hermann	Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl. 54, 137 ff.
Ule, Carl Hermann	Zur Frage des Anwaltszwangs im Verwaltungsprozeß, DVBl. 54, 320 ff.
Ule, Carl Hermann	Über Nutzen und Nachteil synoptischer Darstellungen, DVBl. 54, 491 ff.

Ule, Carl Hermann	Besprechung von: Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, DVBl. 57, 326.
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 57, 597 ff.
Ule, Carl Hermann	Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 58, 9 f.
Ule, Carl Hermann	Zur Vereinheitlichung der gerichtlichen Verfahrensordnungen, DVBl. 58, 691 ff. •
Ule, Carl Hermann	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 59, 537 ff.
Ule, Carl Hermann	Die Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 60, 1 ff.
Wagner, Albrecht	Zwischenbilanz zur Reform der Rechtspflege, DRiZ 57, 287 ff.
Wagner, Albrecht	Die Widerstände gegen eine Reform der Rechtspflege, NJW 57, 1740 ff.
Walsmann, Hans	Die Anschlußberufung, Leipzig 1928.
Weber, Helmut	Das Verhältnis der freiwilligen zur streitigen Gerichtsbarkeit, eine Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs oder der sachlichen Zuständigkeit. Erlanger Dissertation 1960.
Weber, Werner	Die Einheit der rechtsprechenden Gewalt, ZSR 57, 109 ff.
Weber, Werner	Zur Problematik des Rechtsprechungsministeriums, DVBl. 57, 737 ff.
Weinkauff, Hermann	NJW 50, 816.
Weinkauff, Hermann	Vertrauenskrise und Justizreform, DRiZ 51, 85 ff.
Weinkauff, Hermann	Die große Justizreform, DRiZ 58, 93 ff.
Weisensee, Carl	Zum Aufbau der Finanzgerichtsbarkeit, StW 54, 378 ff.
Weisensee, Carl	Rechtsstaat und Finanzgerichtsbarkeit, DStZ 54, 173 ff.

Weisensee, Carl	Zur Neuordnung der Finanzgerichtsbarkeit, StW 55, 490 ff.
Weisensee, Carl	Gedanken zur Justizreform - Die Stellung der Finanzgerichte, FR 57, 194.
Wellmann, Hans Udo	Ist die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage ein Rechtsmittel? Dissertation Münster 1953.
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957.
Wiethaup, H.	Kritische Gedanken zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, JR 53, 132 ff.
Wittneben, Albert	Probleme der Finanzgerichtsbarkeit, StbJb 1949, 247 ff.
Wolff, Ernst	Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung, JW 31, 2439 ff.
Zierner	Verfahrensfragen der künftigen Finanzgerichtsbarkeit, DStZ 54, 156 ff.
Zierner	Nochmals: Zwei- oder dreistufige Finanzgerichtsbarkeit? FR 58, 502 ff.
Zierner	Stellungnahme zu dem Aufsatz von Tipke in DÖV 59, 333 ff; DÖV 59, 336 ff.
Zinkahn, Willy	Das Bundesbaugesetz, DÖV 60, 617 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
AB	= Anschlußberufung
abl.	= ablehnend
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	= am Ende
allg.	= allgemein
Anm.	= Anmerkung
AnwBl.	= Anwaltsblatt
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
arg.	= argumentum
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
B	= Betrieb, auch: Beschluß
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
BBgmstr.	= Der Bayerische Bürgermeister
BEG	= Bundesentschädigungsgesetz
Begrdg.	= Begründung
Bfg.	= Berufung
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BiSchVerfG	= Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Binnenschiffs- und Rheinschiffs- sachen
BLBeschG	= Baulandbeschaffungsgesetz
BLG	= Bundesleistungsgesetz
BMDI	= Bundesministerium des Innern
BSG	= Bundessozialgericht
BT. -Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BVerfGE	= Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG(E)	= (Entscheidungen des) Bundesverwaltungsgericht(s)
BVerwGG	= Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
bzw.	= beziehungsweise
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
d. h.	= das heißt
DM	= Deutsche Mark
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DR	= Deutsches Recht
DRB	= Deutscher Richterbund
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DStR	= Deutsche Steuerrundschau
DStZ	= Deutsche Steuerzeitung
Dt.	= deutsche (r, s)
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entwurf
Einl.	= Einleitung
entspr.	= entsprechend
etc.	= et cetera
evtl.	= eventuell
f	= und die folgende (Paragrafen- oder Seiten-) Zahl
ff	= und die folgenden (Paragrafen- oder Seiten-) Zahlen
FeststG	= Feststellungsgesetz
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	= Finanzgerichtsordnung
FlurBG	= Flurbereinigungsgesetz
FR	= Finanzrundschau
Fußn.	= Fußnote
GG	= Grundgesetz
GKG	= Gerichtskostengesetz
GRMG	= Geschäftsraummietengesetz
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot
GS	= Großer Senat
GüBB	= Gesetz über die Beschränkung der Berufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GZS	= Großer Zivilsenat
Hbs.	= Halbsatz
h. M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
i. a.	= im allgemeinen
i. d. F.	= in der Fassung
i. E.	= im Ergebnis
i. Ggs.	= im Gegensatz
insbes.	= insbesondere
i. S.	= im Sinne
i. Vbdg.	= in Verbindung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KgfEG	= Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz
LAG	= Lastenausgleichsgesetz
LBeschG	= Landbeschaffungsgesetz
LSG	= Landessozialgericht
MRVO 165	= Militärregierungsverordnung Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
MSchG	= Mieterschutzgesetz
Nachw.	= Nachweise
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr	= Nummer
o.	= oben
öZPO	= österreichische Zivilprozeßordnung
OFD	= Oberfinanzdirektion
OLG	= Oberlandesgericht und: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OVG	= Oberverwaltungsgericht
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit
Rdn.	= Randnote
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RG(Z)	= Entscheidungen des Reichsgerichts (in Zivilsachen)
RiA	= Recht im Amt
RJM	= Reichsjustizministerium

RM	= Reichsmark
Rspr.	= Rechtsprechung
RVO	= Reichsversicherungsordnung
S.	= Seite, auch Satz
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SGbkt	= Die Sozialgerichtsbarkeit
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SGO	= Sozialgerichtsordnung
sh.	= siehe
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	= sogenannte
SozEntsch.	= Sozialrechtliche Entscheidungssammlung
SozVers.	= Die Sozialversicherung
StbJb	= Steuerberaterjahrbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StW	= Steuer und Wirtschaft
u.	= unten, und
U.	= Urteil
u. a.	= unter anderem(n)
u. U.	= unter Umständen
v.	= von, vom
VeröffVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VGG	= Süddeutsches Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VöI	= Vertreter des öffentlichen Interesses
Vorb.	= Vorbemerkung
VU	= Versäumnisurteil
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes
VZS	= Vereinigte Zivilsenate
WPfIG	= Wehrpflichtgesetz
Wpg.	= Die Wirtschaftsprüfung
z. B.	= zum Beispiel
ZLA	= Zeitschrift für den Lastenausgleich
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZSR	= Zeitschrift für Sozialreform
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß
z. Zt.	= zur Zeit

1. Abschnitt: Allgemeiner Teil

A. Reformbestrebungen

I. Mit dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze am 1.10.1879 verstummten die Anregungen für eine zweckmäßigere Gestaltung der Rechtsordnung in Deutschland nicht. Seit der Frankfurter Oberbürgermeister Franz Adickes 1906 seine "Grundlinien durchgreifender Justizreform"¹⁾ erscheinen ließ, sind vielmehr die Gespräche über eine allgemeine Justizreform nicht mehr abgerissen.^{2,3)} Die Reichsjustizgesetze und ihre Nebengesetze erfuhren denn auch im Lauf der Zeit zahlreiche Änderungen.⁴⁾ Zu einem grundlegenden Umbau der deutschen Gerichtsbarkeit kam es aber nicht.⁵⁾ Als man nach dem Ende des 2. Weltkrieges daran gehen mußte, das Gerichtswesen neu aufzubauen, gab es viele Wünsche, damit Reformen zu verbinden.⁶⁾ Mit der Neuordnung des Gerichtswesens im Rahmen des Bonner Grundgesetzes rissen diese Wünsche nicht ab. Man wollte vielmehr, daß die institutionelle Stärkung, welche die dritte Gewalt durch das Grundgesetz erfahren hatte,⁷⁾ auch nach außen mehr in Erscheinung trete. Angesichts der Aufsplitterung der rechtsprechenden Gewalt in die ordentliche, die Arbeits-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit⁸⁾ trat dabei ein Gedanke immer mehr in den Vordergrund: Der Gedanke der einheitlichen Gerichtsbarkeit. Mit diesem Problem und den damit zusammenhängenden Fragen beschäftigten sich zahlreiche Gremien, auf vielen Tagungen war es Gegenstand

1) Berlin 1906; vom gleichen Verfasser: "Zur Verständigung über die Justizreform", Berlin 1907.

2) Vgl. z.B. aus dem älteren Schrifttum Mügel: "Grundzüge einer landesrechtlichen Justizreform", 1919; Schiffer: "Die Deutsche Justiz", 1928; weitere Nachweise bei Rosenberg § 9 III 9.

3) Vgl. auch den vom RJM 1931 veröffentlichten Entwurf einer ZPO.

4) Überblick bei Rosenberg § 4 III.

5) Von den zunehmenden Machtbeschränkungen der Justiz unter der Herrschaft des Nationalsozialismus abgesehen, dazu Kern DRZ 47, 105 f. Vgl. auch zu der Entwicklung der Gerichtsbarkeit Kern DRiZ 56, 214.

6) Vgl. z.B. Schiffer, Die Deutsche Justiz, 2. Aufl. 1949. Kern sprach von der "Stunde der Justiz", DRZ 47, 105 ff.

7) Vgl. insbes. Art. 28 I, 20 II u. III, 19 IV, 80 I, 92 f., 97 GG, ferner Strauß SJZ 49, 523 ff., Schäffer NJW 60, 1225 f.

8) von d. Verfassungs-, Dienststraf- u. Wehrdienstgerichtsbarkeit noch abgesehen.

der Beratung.¹⁾ Die Veröffentlichungen dazu sind unübersehbar.²⁾ Das Bundesjustizministerium berief 1955 eine Kommission für die große Justizreform ein,³⁾ die sich gleichfalls diesen Fragen widmen sollte.

II. So zahlreich die Beiträge zu dem Gesamtkomplex der "Einheit der Rechtsprechung" aber auch sind, es kehren doch die gleichen Zielsetzungen und Streitpunkte immer wieder. Im wesentlichen wurden und werden folgende Forderungen⁴⁾ erhoben⁵⁾:

1. Nach einheitlicher Federführung eines Ministeriums bei Schaffung der Gerichtsordnungen,⁶⁾ damit wenigstens zufällige und sinnlose Verschiedenheiten in sachlicher Beziehung und in Hinblick auf die Formulierung vermieden werden.⁷⁾

2. Besonders umkämpft ist die Forderung nach Aufhebung der Ressortgerichtsbarkeit, d. h. der Unterstellung der einzelnen bestehenden Gerichtsbarkeiten unter die Fachministerien, von der man eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit, mindestens aber einen Vertrauensschwund bei der recht-

1) U. a. die Oberlandesgerichtspräsidenten, sh. DRiZ 54, 242; der Anwaltsverein. sh. Anw. Bl. 54, 93 ff; der Anwaltstag 1955, sh. Anw. Bl. 55, 193; der Deutsche Richterbund, sh. RdA 56, 450, Kern DRiZ 56, 218; DRiZ 55, 298; 56, 258; 59, 346 ff; 60, 33 ff; Schäffer NJW 60, 1225 ff; die Konferenz der Justizminister, sh. DRiZ 55, 293; die Zivilprozeßrechtslehrtagung 1956, sh. Baur JZ 56, 731; der 42. Deutsche Juristentag 1957, sh. NJW 57, 1509 f.

2) Übersichten bei Herbert Arndt DRiZ 57, 202; Bettermann ZZP 70, 161; Ule DVBl. 58, 691.

3) Mitgeteilt vom Bundesjustizminister auf dem Juristentag 1955, DRiZ 55, 231.

4) von Einzelheiten abgesehen.

5) Vgl. Kern DRiZ 56, 214 f; Herbert Arndt DRiZ 55, 102; Weber ZSR 57, 109.

6) Dafür der Vorstand des Deutschen Anwaltsvereins Anw. Bl. 54, 93.

7) Kern DRiZ 56, 218.

suchenden Bevölkerung befürchtet.¹⁾ Zur Abhilfe wird die Unterstellung aller Gerichte unter das Justizministerium,²⁾ ein eigenes Rechtsprechungsministerium,³⁾ den Ministerpräsidenten bzw. Bundeskanzler⁴⁾ oder endlich die Selbstverwaltung der Gerichte⁵⁾ vorgeschlagen.

3. Eine einheitliche Regelung der Grundsätze des Gerichtsverfassungsrechts und des Gerichtsaufbaus in einem einheitlichen Gerichtsverfassungsgesetz wird weitgehend befürwortet.⁶⁾ Angestrebt wurde ferner der Ausbau der schon bisher bestehenden Möglichkeiten⁷⁾ für eine bindende Verweisung zwischen den Gerichtsbarkeiten.⁸⁾ Dieser Forderung haben inzwischen die neuen §§

-
- 1) Für die Aufhebung: Herbert Arndt, berichtet von Tietgen DVBl. 57, 715; Baur, berichtet von Tietgen DVBl. 57, 714; Cartellieri BB 53, 1023; Dt. Anwaltstag 1955, Anw. Bl. 55, 193; Friederichs NJW 57, 1344; Hirschmann DRiZ 57, 2f; DRiZ 58, 6ff; Reuß JR 57, 322; Schäffer NJW 60, 1228; Wagner DRiZ 57, 287; Ablehnend: Bund Deutscher Verwaltungsrichter DÖV 57, 48; DÖV 58, 113; Müller RdA 57, 313; Sachverständigenkommission f. d. Vereinfachung der Verwaltung beim BMdI, mitgeteilt bei von Dreising DÖV 60, 243f; Weber DVBl. 57, 737f. Vgl. ferner: Herbert Arndt, DRiZ 50, 231; Baur DRiZ 56, 119f; Hirschmann DRiZ 55, 132f; Müller B 55, 475; Reuß JR 60, 123; Scheuner DÖV 53, 517f; Weinkauff DRiZ 51, 86; BSG, Urteil v. 17. 2. 56 DVBl. 56, 872.
- 2) Dafür: Amelunxen DRiZ 55, 253; Friederichs DRiZ 56, 232f; Geiger DÖV 50, 520; Holzweg DRiZ 56, 79f; Kniesch NJW 54, 1139; Niese JZ 57, 74; v. Sauer MDR 55, 384; Vorstand d. Deutschen Anwaltvereins DRiZ 60, 256f; ablehnend: Hamann DVBl. 55, 207; Kollmann DVBl. 52, 620; Mattern DÖV 50, 673.
- 3) ablehnend Holzweg DRiZ 56, 81; kritisch auch Feneberg BayVBl. 59, 309; dafür Hirschmann DRiZ 58, 12; Kommission d. DRB f. d. Große Justizreform DRiZ 59, 346; vgl. ferner Adolf Arndt DRiZ 59, 203.
- 4) ablehnend Holzweg DRiZ 56, 81; vgl. ferner Gross DVBl. 55, 555.
- 5) dafür van Husen AöR 78, 60 ff.
- 6) dazu Baur, berichtet von Tietgen DVBl. 57, 714; Cartellieri BB 53, 1023; Dt. Anwaltstag 1955, Anw. Bl. 55, 193; Dt. Richterbund RdA 56, 450; Hamann DVBl. 55, 206; Kern DRiZ 56, 219f; Kniesch NJW 54, 1140; Lent NJW 54, 1586; Marquardt JR 55, 164; Müller B 55, 475; Niese JZ 57, 74; Schäffer NJW 60, 1227; Ule berichtet von Tietgen DVBl. 57, 714; Wagner DRiZ 57, 291; Kommission d. DRB für die Große Justizreform, DRiZ 59, 349.
- 7) §§ 48a III ArbGG, 52 III SGG, 81 BVerwGG.
- 8) Dafür u. a. Kern DRiZ 56, 222; Müller B 55, 473; Pohle in Festschrift für Apelt S. 180; Schäffer NJW 60, 1227; Ule, berichtet von Tietgen DVBl. 57, 715.

41 III VwGO und 17 III GVG¹⁾ weiter Rechnung getragen.

4. Die Forderung nach einheitlicher Regelung des Verfahrensrechts²⁾ geht selten auf Schaffung einer einzigen Verfahrensordnung für alle Gerichtszweige, ³⁾ prägt sich aber häufig in dem Verlangen nach möglichst weiter inhaltlicher und formeller Angleichung der bestehenden Verfahrensgesetze aus.⁴⁾

5. Die weitestgehende Forderung endlich ist die nach Schaffung des Einheitsgerichts für alle privat- und öffentlichrechtlichen Rechtsstreitigkeiten und für Strafsachen.⁵⁾

1) Eingeführt durch § 178 VwGO.

2) dazu Bettermann ZZP 70, 161 ff; Cartellieri BB 53, 1023; Kern DRiZ 56, 222f; Kommission des DRB für die Große Justizreform DRiZ 59, 346; Lent NJW 54, 1587; Marquardt JR 55, 165; Schäffer NJW 60, 1227 f; Ule DVBl. 54, 492; DVBl. 58, 691 f; DVBl. 57, 714 f; DVBl. 60, 7; vgl. auch die vom Dt. Anwaltsverein herausgegebene "Vergleichende Übersicht", 2. Aufl. 1954.

3) Dafür Kniesch S. 19 und MDR 54, 7; abl. Müller B 55, 475; vgl. ferner Dt. Anwaltstag 1955 Anw.Bl. 55, 193; Hamann DVBl. 55, 207; Naumann SGBkt 60, 130; Ule DVBl. 58, 692 f; DVBl. 60, 7.

4) Dafür Bachof ZZP 65, 33; Hauelsen DVBl. 58, 769; Müller B 55, 476; Reuß Anw.Bl. 55, 147; Wagner DRiZ 57, 291 und NJW 57, 1742; Weber ZSR 57, 110. Der Bundesrat empfahl der Bundesregierung schon 1953 und 1954, die verschiedenen Verfahrensgesetze aneinander anzugleichen (BT-Drucks. Nr. 4357 v. 19. 5. 1953, S. 38; BT-Drucks. Nr. 462 v. 12. 4. 1954, S. 53). Eine gleiche Aufforderung beschloß 1956 der Bundestag (174. Sitzg. des BT v. 29. 11. 1956, stenographische Berichte S. 9633).

5) Dafür Herbert Arndt DRiZ 55, 102, DRiZ 57, 198 f. und Bericht bei Tietgen DVBl. 57, 715; Baur, berichtet von Tietgen DVBl. 57, 714; Cartellieri BB 53, 1023; Coing DRiZ 56, 246; Ehrig NJW 59, 221; Kommission des DRB für die Große Justizreform DRiZ 59, 349 f; Lange SchlHA 53, 278; Schorn DRiZ 54, 42; Weinkauff DRiZ 58, 93; ablehnend: Bund Dt. Verwaltungsrichter DÖV 57, 47; DÖV 58, 113; Hamann DVBl. 55, 208; Hirschmann DRiZ 57, 2 f; Müller B 55, 474; RdA 57, 313 f; Reuß JR 57, 323; Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim BMdI, mitgeteilt bei von Dreising DÖV 60, 243 f; Scheuner DÖV 53, 523; Vereinigung der Präsidenten d. Verwaltungsgerichte d. Bundesgebiets DRiZ 60, 444; vgl. ferner Herbert Arndt DRiZ 50, 231; Bettermann ZZP 70, 164; Dt. Richterbund, DRiZ 59, 346 ff und 60, 33 ff; Marquardt JR 55, 165; Seidel DRiZ 56, 141; Weinkauff DRiZ 51, 86.

B. Ziel der Arbeit

In der vorliegenden Arbeit sollen nur Verfahrensgesetze und -bestimmungen¹⁾ untersucht werden, sie soll sich also im Rahmen der oben unter 4. erwähnten Forderung bewegen. Gerade auf dem Gebiete des Verfahrensrechts ist die Zersplitterung²⁾ besonders groß. Jede Gerichtsbarkeit hat ihre eigene Verfahrensordnung,³⁾ die sich untereinander auf mannigfachste Weise unterscheiden.³⁾ Hinzu kommt, daß zahlreiche Gesetze innerhalb der einzelnen Rechtswege⁴⁾ besondere Verfahrensarten und besonders besetzte Spruchorgane vorsehen.⁴⁾ Gründe dafür mögen die Ressortzersplitterung bei Erarbeitung der Verfahrensbestimmungen,⁵⁾ vielleicht aber auch ein falsch verstandener Gesetzesperfektionismus sein. Wenn der bestehende Zustand auch eine Verfeinerung des Rechtsschutzes bedeuten mag,⁶⁾ so bringt er doch z. T. Nachteile und Gefahren mit sich.⁷⁾ Die schwere Durchschaubarkeit der Zuständigkeiten und des Verfahrens mindert das Vertrauen des Volkes in die Rechtspflege. Die Richter der einzelnen Sparten müssen sich stärker spezialisieren, die Gefahr der Entfremdung zwischen den Gerichtsbarkeiten wächst. Die Unterschiede zwischen den Verfahrensgesetzen führen zu Auslegungsschwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit.⁸⁾ Sie - soweit möglich - zu beseitigen, ist daher ein dringliches Anliegen. Dieses Anliegen setzt eingehende Einzeluntersuchungen der verschiedenen Verfahrensinstitute und der einander entsprechenden Bestim-

1) und zwar solche über das gerichtliche Verfahren, nicht das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden.

2) Zum Teil ist das Verfahrensrecht z. Zt. auch noch regional zersplittet, Beispiele bei Bettermann ZJP 70, 171 f. Inzwischen ist allerdings die VwGO Gesetz geworden.

3) Beispiele bei Bettermann ZJP 70, 183 f; Kern DRiZ 56, 223; Lent NJW 54, 1588.

4) Vgl. die Darstellungen von Bettermann ZJP 70, 178 f. Kritisch gegenüber dieser Entwicklung Weber ZSR 57, 111.

5) Vgl. die o. S. 2 und 3 unter A II 1 und 2 erwähnten Forderungen und die dortigen Literaturangaben.

6) Pohle, Festschrift für Apelt S. 174.

7) Herbert Arndt DRiZ 55, 102; Baur JZ 56, 732; Cartellieri BB 53, 1023; Marquardt JR 55, 162 f; Weber ZSR 57, 110.

8) Bettermann - ZJP 70, 187 f. - hält willkürliche Verschiedenheiten der Verfahrensgesetze sogar wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für verfassungswidrig, hat darin auf der Zivilprozeßrechtslehrertagung 1956 aber Widerspruch erfahren, vgl. Bericht von Baur JZ 56, 732.

mungen in den bestehenden Gesetzen voraus.¹⁾ Die vorliegende Dissertation ist eine solche Einzeluntersuchung. Sie widmet sich dem Institut der Berufung. Ihre Zielsetzung ist notwendigerweise begrenzt. Auf Grund der Untersuchung eines einzelnen Verfahrensinstituts wird nicht entschieden werden können, ob es möglich ist, die vorhandenen Verfahrensgesetze oder wenigstens einige von ihnen²⁾ zu einem einzigen Gesetze zusammenzufassen,³⁾ ferner, ob es besser ist, gleichlautende Bestimmungen in den einzelnen Gesetzen zu schaffen oder auf ein Muttergesetz zu verweisen.⁴⁾ Diese Fragen werden erst beantwortet werden können, wenn genügende Einzeluntersuchungen vorliegen.⁵⁾ Ziel der Arbeit kann daher nur sein, auf dem Gebiet der Berufung Möglichkeiten für eine sachliche und formelle Angleichung aufzuzeigen und auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen.

C. Abgrenzung des Stoffs der Untersuchungen und Charakterisierung der einzelnen Verfahrensarten.

I. Allgemeines

1. In die Untersuchungen werden nur Verfahrensgesetze und -bestimmungen einzubeziehen sein, die entweder Regelungen über die Berufung enthalten oder die in Verfahrenssituationen andere Rechtsmittel vorschreiben oder Rechtsmittel überhaupt ausschließen, wo man nach sonstigen Gesetzen erwarten müßte, daß die Berufung gegeben ist. Auszuscheiden werden sein Verfahren, die gegenüber den anderen in Zweck, Ausgestaltung und Grundsätzen eine derartige Sonderstellung einnehmen, daß ihre Einbeziehung in ein evtl. zu schaffendes einheitliches Verfahrensgesetz von vornherein ausgeschlossen ist.⁶⁾ Bei ihnen könnte das Aufzeigen von Angleichungsmöglichkeiten als Vorarbeit für eine spätere Vereinheitlichung nicht nutzbar gemacht werden. Ihre Untersuchung erforderte zudem ein zu spezielles Eingehen auf ihre Eigenart, was die Übersichtlichkeit der vorliegenden Arbeit beeinträchtigen würde.

1) Bettermann ZZP 70, 189; Lent NJW 54, 1589.

2) Ule - DVBl. 58, 695 f. - hält z. B. eine Zusammenfassung von VwGO, FGO und SGG für möglich.

3) Vgl. hierzu o. A II 4, Fußn. 3) auf S. 4

4) Dazu Lent NJW 54, 1585 f.

5) Vgl. schon jetzt die Dissertationen von Knoll und De With.

6) Knoll S. 4

2. Um das Vorhandensein einer solchen Sonderstellung feststellen zu können, wird es jeweils einer kurzen Charakterisierung der einzelnen Verfahren bedürfen. Diese wird auch später von Nutzen sein, da die Kenntnis der Eigentümlichkeiten der einzelnen Verfahren ohnehin bei Prüfung der Angleichungsmöglichkeiten erforderlich ist.¹⁾

3. Bei der Charakterisierung werden vor allem die jeweiligen Verfahrensgrundsätze herauszustellen sein.²⁾ Bezüglich dieser bestehen noch weitgehend terminologische Unklarheiten.³⁾ Die Begriffe werden falsch oder mißverständlich gebraucht,⁴⁾ woraus Fehlschlüsse und unterschiedliche Ergebnisse resultieren.⁵⁾ Für die vorliegende Arbeit sollen sie daher im folgenden kurz⁶⁾ definiert werden. Dabei wird die Terminologie zugrunde gelegt, die sich in Zivil- und Verwaltungsprozeßlehre in zunehmendem Maße durchsetzt⁷⁾:

a) Was den Prozeßbetrieb, d. h. das Ingangsetzen und das Inanghalten des Prozesses⁷⁾ betrifft, so spricht man von Amts- (Offizial-) Betrieb, wenn er in den Händen des Gerichts liegt, von Parteibetrieb, wenn die Parteien dafür zu sorgen haben.⁸⁾

b) Die Begriffsgegensätze Untersuchungs- (Inquisitions-) Maxime und Verhandlungsmaxime betreffen die Stoffsammlung, d. h. die Beibringung des Tatsachenstoffes, der Entscheidungsgrundlage werden soll, und die Beschaffung der Beweise dafür.⁹⁾ Liegt sie beim Gericht, gilt die Untersuchungsmaxime, liegt sie bei den Parteien, die Verhandlungsmaxime.¹⁰⁾

c) Die Dispositions- (Verfügungs-) Maxime¹¹⁾ besagt, daß die Parteien die Macht haben, über den Streitgegenstand zu verfügen und damit über Gang und

1) Bettermann ZZP 70, 191 f; Kniesch MDR 54, 5; Schultz JR 56, 134;

Ule DVBl. 54, 492 und 58, 691.

2) Bitter BayVBl. 58, 42; Rupp AöR 85, 183.

3) Nachweise bei Bitter BayVBl. 58, 43 Fußn. 17.

4) Bitter BayVBl. 54, 42; Rupp AöR 85, 183.

5) Näheres sh. Rosenberg §§ 62 und 63.

6) Rosenberg §§ 62 und 63; ferner Bettermann DVBl. 51, 39; Bitter BayVBl. 58, 42; Menger S. 81 f; Ule DVBl. 54, 143 f.

7) Rosenberg § 62 I.

8) Rosenberg § 62 II 1; Bitter Bay VBl. 58, 42; Menger S. 81.

9) Rosenberg § 63 I.

10) Rosenberg § 63 I; Bitter BayVBl. 58, 42 f; Menger S. 81 f; Rupp AöR 85, 188 f.

11) die z. B. Kniesch S. 41 zu Unrecht m. d. Verhandlungsmaxime gleichsetzt.

Inhalt des Verfahrens; Gegensatz ist die *Offizialmaxime*.¹⁾

II. Auszuscheidende Verfahren

1. Der Verfassungsprozeß

Aus der vorgesehenen Untersuchung der Berufung scheiden die Verfassungsgerichtsgesetze des Bundes²⁾ und der Länder³⁾ schon deshalb aus, weil sie nur ein Verfahren mit einer Instanz vorsehen.⁴⁾

2. Der Strafprozeß

Wie im Zivil- und Verwaltungsprozeß⁵⁾ geht es auch im Strafprozeß darum, daß ein Gericht in einem geregelten Verfahren gewisse Tatsachen feststellt und die rechtlichen Folgerungen daraus in einer Entscheidung zieht.⁶⁾ Hieraus resultieren viele Gemeinsamkeiten des Strafverfahrensrechts mit den beiden anderen erwähnten Prozeßrechten.⁷⁾ Doch bestehen entscheidende Unterschiede: Zweck des Strafprozesses ist es, den schuldigen Verbrecher der verwirkten Strafe zuzuführen⁸⁾ und damit den staatlichen Strafanspruch⁹⁾ zu realisieren,¹⁰⁾ er dient der Bewährung der Rechtsordnung.¹¹⁾ Der Staat, die Allgemeinheit, haben ein öffentliches Interesse am einzelnen Prozeß.¹²⁾ Anders im Zivil- und

1) Rosenberg § 63 II; Bitter BayVBl. 58, 43; Menger S. 81; Ule DVBl. 54, 144, Fußnote 72; in der Sache auch Rupp AöR 85, 185 ff., der allerdings irreführend von der Verfügungsmacht über den Streitstoff spricht.

2) Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12.3.1951, BGBl. I 243.

3) abgedruckt bei Geiger im Anhang.

4) Auch hiervon abgesehen wäre der Verfassungsprozeß wegen seiner besonderen Eigenart auszuscheiden, sh. Knoll S. 4 f.

5) Darunter wird an dieser Stelle auch das Verfahren vor den Finanz- und Sozialgerichten als besonderen Verwaltungsgerichten - Bettermann ZZP 70, 195 - verstanden.

6) In diesem Sinne Henkel S. 7; Löwe-Rosenberg (Niethammer) Einl. § 6 S. 24.

7) So für das Zivilprozeßrecht Kleinknecht-Müller Einl. 8b; Kniesch MDR 54, 5; Löwe-Rosenberg (Niethammer) Einl. § 6 S. 24.

8) Ähnl. Henkel S. 7; Löwe-Rosenberg (Niethammer) § 5, S. 23.

9) der allerdings nicht mit einem Privatrechtsanspruch verglichen werden kann, Henkel S. 122.

10) Kleinknecht-Müller Einl. 8c.

11) Karl Peters, Strafprozeß, S. 19

12) Henkel S. 79; Kleinknecht-Müller Einl. 8c; Kniesch S. 14; Karl Peters S. 17.

Verwaltungsprozeß: Hier ist Zweck des Verfahrens der Schutz individueller Rechte.¹⁾ Die Öffentlichkeit hat kein Interesse am Ausgang des einzelnen Streites, sondern daran, daß die Möglichkeit der Prozeßführung überhaupt den Rechtsfrieden im Staate erhält.²⁾ Entsprechend verschieden sind die Verfahren gestaltet: Anders als der Zivil-³⁾ und Verwaltungsprozeß⁴⁾ ist der Strafprozeß kein Parteienprozeß.⁵⁾ Staatsanwalt und Beschuldigter stehen sich nicht waffengleich gegenüber,⁶⁾ vielmehr geht der Staat in obrigkeitlicher Überordnung gegen den Beschuldigten vor.⁷⁾ Im Gegensatz zu den beiden anderen Verfahren gilt nicht die Dispositionsmaxime.⁸⁾ Die Sachaufklärung liegt beim Gericht (Untersuchungsgrundsatz).⁹⁾ Wegen der Schwere der ihm im Verlauf der Strafverfolgung drohenden Eingriffe¹⁰⁾ müssen die Verteidigungsrechte des Beschuldigten stets sorgfältig beachtet werden, mehr noch als die prozessualen Rechte der Beteiligten in den anderen Verfahren. All diese Momente verleihen dem Strafverfahren eine derartige Sonderstellung, daß es angezeigt ist, es nach den oben¹¹⁾ dargelegten Grundsätzen in die Untersuchung nicht mit einzubeziehen.¹²⁾ Das gleiche gilt für die Disziplinargerichtbarkeit, die nach ihrem Zweck und der Struktur des Verfahrens dem Strafprozeß vergleichbar ist.

3. Die freiwillige Gerichtsbarkeit

Die ursprünglich dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Inkraft-

-
- 1) Für den Zivilprozeß Henkel S. 7; Kleinknecht-Müller Einl. 8b; Karl Peters S. 17. Für den Verwaltungsprozeß vgl. unten III 2c mit den dortigen Nachweisen.
 - 2) Kleinknecht-Müller Einl. 8 b; Löwe-Rosenberg (Niethammer) § 6 S. 25; Karl Peters S. 17.
 - 3) in dem man allerdings von Beteiligten spricht.
 - 4) Bruns Festschrift für Lent S. 138; Henkel S. 122, 123; Kleinknecht-Müller Einl. 8c; Löwe-Rosenberg (Niethammer) § 6 S. 25, Karl Peters S. 17; Schultz JR 56, 135.
 - 5) Henkel S. 123.
 - 6) Löwe-Rosenberg (Niethammer) § 6 S. 25; Karl Peters S. 17
 - 7) Henkel S. 7; Kleinknecht-Müller, Einl. 8c; Löwe-Rosenberg (Niethammer) § 6 S. 25.
 - 8) § 244 II StPO; dies im Gegensatz nur zum Zivilprozeß.
 - 9) Bettermann DVBl. 53, 164; Henkel S. 8
 - 10) Unter I 1., S. 6.
 - 11) Das Strafverfahren ist auch in der "Vergleichenden Übersicht" des Deutschen Anwaltsvereins nicht berücksichtigt.
 - 12) Bettermann ZZP 70, 195.

treten des FGG im Jahre 1900 zugewiesenen Angelegenheiten ließen es noch zu, die freiwillige Gerichtsbarkeit als staatliche Verwaltungs- und Fürsorgetätigkeit zu kennzeichnen.¹⁾ Inzwischen wurden - vielfach willkürlich-zufällig²⁾ - so heterogene Materien dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet, daß diese Kennzeichnung nicht mehr allgemein aufrecht erhalten werden kann und die vielen Versuche, das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem Gegenstande, den Mitteln oder dem Zweck des Verfahrens einheitlich zu definieren,³⁾ zum Scheitern verurteilt sind.⁴⁾ Eine Abgrenzung von der streitigen Gerichtsbarkeit kann nur nach positivem Recht erfolgen.⁵⁾ So konnte auch Bettermann⁶⁾ zu dem Ergebnis kommen, die freiwillige Gerichtsbarkeit sei heute teils Rechtsprechung, teils Verwaltung, teils streitige, teils nicht streitige Gerichtsbarkeit, teils Zivil-, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese ständige Ausweitung des Bereiches der freiwilligen Gerichtsbarkeit war nur möglich, weil das Verfahren des FGG von Anfang an bewußt nicht lückenlos geregelt,⁷⁾ einfach und elastisch war.^{8) 9)} Das Verfahren wird, anders als die ZPO, vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht.¹⁰⁾ Die Dispositionsmaxime gilt, mit Ausnahme der Antragssachen, in ihm nicht.¹¹⁾ Dem richterlichen Ermessen ist ein weiter Spielraum eingeräumt.¹²⁾ Eine mündliche Verhandlung ist nur in den neueren Gesetzen mit Zuweisung an die freiwillige Gerichtsbarkeit vorgesehen,¹³⁾ der Grundsatz der Öffentlichkeit ist der freiwilligen Gerichtsbarkeit fremd.¹⁴⁾ All dies zeigt schon, daß zwischen

1) Baur S. 17; Münzel ZJP 66, 340, 352.

2) Lent ZJP 66, 283; Münzel ZJP 66, 385.

3) Nachweise dazu bei Bettermann, Festschrift für Lent S. 17; Schlegelberger § 1 Rdn. 1 u. 2.

4) Keidel § 1 Anm. 1a m. weiteren Nachweisen; Schlegelberger § 1 Rdn. 1-6.

5) Keidel § 1 Anm. 1a m. weiteren Nachweisen; Schlegelberger § 1 Rdn. 6.

6) Festschrift für Lent S. 24.

7) Keidel Vorb. 1 vor §§ 8 - 18.

8) Baur S. 16; Lent FGG S. 42.

9) Zudem wurde das Verfahren durch Abweichungen vom FGG in zahlreichen Sondergesetzen immer mehr zersplittert, Bettermann ZJP 70, 179.

10) § 12 FGG, auch bei den sog. echten Streitverfahren - Schlegelberger § 12 Rdn. 7.

11) Baur S. 162 f; Lent FGG S. 33 f; Schlegelberger § 12 Rdn. 1.

12) Lent, FGG S. 36.

13) Lent, FGG S. 30 mit Nachweisen.

14) Keidel Vorb. 2 vor §§ 8 - 18; Lent, FGG S. 41.

dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf der einen und der ZPO und den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf der anderen Seite so große Unterschiede bestehen, daß eine stärkere Angleichung des FGG an die anderen Verfahren nicht in Betracht kommt.

Für die vorliegende Arbeit ist das FGG darüberhinaus auch deshalb aus den Untersuchungen auszuschneiden, weil es nur die Beschwerde und sofortige Beschwerde, nicht aber die Berufung kennt.¹⁾ Das formstrenge Rechtsmittel der Berufung wäre für das einfache Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch ein Fremdkörper. Bei einigen dem FGG neu zugewiesenen sog. echten Streitsachen²⁾ könnte man allerdings fragen, warum hier als Rechtsmittel die Beschwerde und nicht die Berufung gegeben sein soll, wo diese Angelegenheiten doch anderen nahe verwandt sind, über die im Verfahren der ZPO entschieden wird. Die Frage, welches Rechtsmittel in diesen Sachen zulässig sein soll, kann indessen nicht isoliert von der weitergehenden Frage behandelt werden, welches Verfahren im ganzen auf sie Anwendung finden soll. Es geht dabei mit anderen Worten um das Problem, ob de lege ferenda gewisse Angelegenheiten dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit wieder entzogen werden sollen³⁾ oder ob für bestimmte Gruppen von Materien wenigstens innerhalb des FGG besondere Verfahrensvorschriften geschaffen werden sollen.⁴⁾ Dieses Problem kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden.

4. Verfahren vor den Mieteinigungsämtern

In einigen wenigen Angelegenheiten des Mieterschutzgesetzes⁵⁾ und bei der Anordnung des Zwangswohnungsaustausches⁶⁾ werden die Amtsgerichte als Mieteinigungsämter tätig.⁷⁾ Hierfür besteht ein eigenes Verfahren,⁸⁾ das sich vom normalen Verfahren der ZPO in starkem Maße unterscheidet. In ihm gelten

1) §§ 19 - 26 FGG.

2) z. B. Rückerstattungs-, Vertragshilfe- und Hausratsachen.

3) wie es Lent ZZP 66, 284 für die Rückerstattungssachen empfiehlt; vgl. dazu weiter Münzel ZZP 66, 334 f; vor allem 385.

4) Vgl. Lent, FGG Vorwort zur 1. Aufl. und ZZP 66, 284.

5) §§ 28a - 31.

6) Nach der VO üb. Änderungen des Mieterschutzrechts v. 7.11.44, RGBI. I 319; Roquette § 37 Rdn. 5.

7) § 37 MSchG.

8) §§ 38 - 48 MSchG; Anordnung v. 16.12.1942, RGBI. I 723.

nicht der Grundsatz der Mündlichkeit¹⁾ und Öffentlichkeit,²⁾ die Entscheidungen ergehen in Beschlußform,³⁾ als einziges Rechtsmittel ist die Rechtsbeschwerde vorgesehen.⁴⁾ Dieses vereinfachte Verfahren wurde im Interesse der Beschleunigung eingeführt.⁵⁾ Wenn man indessen das förmliche Verfahren der ZPO schon für zu umständlich hält, so wäre es besser, die praktisch unbedeutenden Aufgaben des Mieteinigungsamtes auf die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu übertragen, zumal es sich dabei um Fälle fürsorgender Verwaltung⁶⁾ handelt. Auf diese Weise wird das bisherige Sonderverfahren überflüssig und Angleichungsmöglichkeiten an die ZPO brauchen nicht mehr erörtert zu werden.

III. Einzubeziehende Verfahren

1. Voraussetzung der Verfahrensangleichung zwischen den Gerichtsbarkeiten ist, daß nicht innerhalb der einzelnen Gerichtsbarkeiten eine regionale Zersplitterung besteht.⁷⁾ Soweit dies noch der Fall ist, - seit dem Erscheinen der VwGO nur noch in der Finanzgerichtsbarkeit - wird in dieser Arbeit von dem Entwurf für eine bundeseinheitliche Verfahrensregelung ausgegangen. Gegenstand der Untersuchung werden daher vor allem sein: die ZPO, das ArbGG,⁸⁾ die VwGO,⁹⁾ der Entwurf einer FGO¹⁰⁾ und das SGG.^{11) 12)} Neben der VwGO wird das Gesetz über die Beschränkung der Berufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren¹³⁾ in die Untersuchung einzubeziehen sein, dem wegen seiner auf fünf Jahre beschränkten Geltungsdauer¹⁴⁾ allerdings keine grundlegende

1) § 4 I 2 der Anordnung.

2) § 5 der Anordnung.

3) § 4 I 1 der Anordnung.

4) § 41 I MSchG.

5) Roquette § 41 Rdn. 4.

6) Münzel ZZP 66, 355.

7) Bettermann ZZP 70, 170 f. und 197; Haueisen DVBl. 58, 771; Naumann DÖV 60, 202 und SGBkt 60, 129; Ule DVBl. 58, 691.

8) v. 3.9.1953, BGBl. I 1267.

9) v. 21.1.1960, BGBl. I 17.

10) BT-Drucks. Nr. 127, 3. Wahlperiode.

11) i. d. Fassung v. 23.8.1958, BGBl. I 613.

12) Diese fünf Verfahrensgesetze sind auch in der Vergleichenden Übersicht des Dt. Anwaltsvereins berücksichtigt.

13) v. 21.1.1960, BGBl. I 44.

14) §§ 4 GüBB, 131 I 3 VwGO.

Bedeutung zukommt. Da innerhalb der einzelnen Gerichtsbarkeiten auch eine erhebliche fachliche Zersplitterung besteht,¹⁾ wird außerdem eine Reihe von Nebengesetzen zu berücksichtigen sein, in denen Abweichungen von den vorstehenden Verfahrensgesetzen normiert werden. Gerade diese Sonderregelungen werfen häufig schwierige Fragen auf. An ihrem Abbau besteht das größte Interesse.

2. Kennzeichnung der einzelnen Verfahren.

a) Die ZPO:

Im Zivilprozeß werden bürgerliche Rechtsstreitigkeiten entschieden, soweit nicht die Zuständigkeit von Sondergerichten begründet ist, ferner öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, wenn eine Zuweisung an die ordentlichen Gerichte erfolgt ist.²⁾ Der Zivilprozeß dient der rechtskräftigen Feststellung, dem Schutze und der Durchsetzung von Individualrechten, soll damit aber zugleich die Rechtsordnung als Ganzes bewahren³⁾ und so den Rechtsfrieden sichern.⁴⁾ Sein Ziel ist somit Gewährleistung des subjektiven und des objektiven Rechts.⁵⁾ Er wird beherrscht von der Dispositionsmaxime.⁶⁾ Sein Streitgegenstand wird bestimmt durch den Antrag der Partei, er ist "das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung".⁷⁾ Vom Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsverfahren abgesehen,⁸⁾ gilt im Zivilprozeß der Verhandlungsgrundsatz,⁹⁾ es gelten ferner die Grundsätze der Mündlichkeit,¹⁰⁾ Öffentlichkeit,¹¹⁾ Unmittelbarkeit,¹²⁾ der Konzentration des Verfahrens¹³⁾ und der freien Beweiswürdigung.¹³⁾ Als dem ältesten der einzubeziehenden Verfahrens-

1) Vgl. den Überbl. b. Bettermann ZZP 70, 178 f.; kritisch Feneberg BayVbl. 59, 310.

2) § 13 GVG; Lent, ZPO S. 5 ff; Rosenberg §§ 11-14. Beachte neuerdings §§ 40 II, 178 VwGO.

3) Lent, ZPO S. 2.

4) Rosenberg § 1 III 2; Schönke-Schröder-Niese S. 16; Stein-Jonas-Schönke Einl. C; Wieczorek Allgemeines A II b; vgl. ferner De With S. 11 f.

5) Lent, ZPO S. 56; Rosenberg § 63 II.

6) so Schwab S. 199. Auf die umfangreichen Auseinandersetzungen zum Streitgegenstand kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu Schwab, ferner De With

7) §§ 622 I, 640 I, 653 I ZPO. S. 62 f.

8) Lent, ZPO S. 56 f; Rosenberg § 63 II.

9) § 128 I ZPO; Lent ZPO S. 68f; Rosenberg §§ 64 - 66.

10) § 169 GVG; Lent ZPO S. 70; Rosenberg § 24 IV.

11) Lent, ZPO S. 70 u. 145; Rosenberg § 64 I u. § 115 III 1b.

12) Lent, ZPO S. 74; Rosenberg § 58 II 5.

13) § 286 ZPO; Lent, ZPO S. 137; Rosenberg § 111 IV 3a.

gesetze, dem sich Rechtsprechung und Schrifttum seit langem intensiv angenommen haben, wird der ZPO¹⁾ bei der Verfahrensangleichung eine besondere Bedeutung zukommen.

b) Das Arbeitsgerichtsgesetz:

Die Arbeitsgerichte sind Sondergerichte innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit.²⁾ Ist fraglich, ob eine Sache vor die ordentlichen Zivilgerichte oder die Arbeitsgerichte gehört, so geht es dabei um die Zuständigkeit, nicht um die Zulässigkeit des Rechtsweges.³⁾ Die Arbeitsgerichte sind zur Entscheidung berufen bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit dem kollektiven Arbeitsrecht, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis und zwischen Arbeitnehmern aus gemeinsamer Arbeit, sie sind ferner zuständig in bestimmten Fällen des Betriebsverfassungsgesetzes⁴⁾ und für die Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Vereinigung.⁵⁾ Der Aufbau der Arbeitsgerichtsbarkeit ist dreistufig. In allen drei Instanzen wirken in den Spruchkörpern neben den Berufsrichtern in paritätischer Besetzung ehrenamtlich tätige Beisitzer aus den Kreisen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer mit.

Das ArbGG unterscheidet ein Urteils- und ein Beschlußverfahren. Das Urteilsverfahren, in dem über die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entschieden wird, die zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehören, entspricht im ersten Rechtzug weitgehend dem Verfahren vor den Amtsgerichten und lehnt sich auch sonst eng an die ZPO an.⁶⁾ Die oben⁷⁾ für die ZPO hervorgehobenen Verfahrensgrundsätze haben auch in ihm Geltung. In § 9 I ArbGG wird der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung eigens herausgestellt, der ein bedeutsames Prinzip

1) von der aus sich allmählich auch eine allgemeine Prozeßrechtslehre entwickelt, vgl. Sauer S. 57ff. mit Nachw.

2) Kaskel-Dersch S. 308.

3) So die h. M., z. B. Baumbach-Lauterbach, § 14 GVG Anm. 5, § 17 GVG Anm. 2 A; Dersch-Volkmar § 1 Rdn. 21; Dietz-Nikisch, § 1 Rdn. 18; Rosenberg in Festschrift für Lent S. 243; Schnorr von Carolsfeld, Fußn. 1 auf S. 458; Schönke-Schröder-Niese S. 80; Stein-Jonas-Schönke § 1 Anm. VIII und I 2 und IV A vor § 1; Wieczorek, § 13 GVG Anm. B III c; BGH RdA 53, 342, U. v. 30.4.1953; a. A. Helmut Weber S. 77 f; offenbar auch Bötticher RdA 60, 163 o.

4) Sh. im einzelnen §§ 2, 3 ArbGG.

5) Vgl. §§ 6 I, 16 II, 35 II, 41 II ArbGG.

6) Beachte die Verweisungen auf die ZPO in den §§ 46 II, 64 II, 72 III !

7) Unter a, S. 13 f.

des arbeitsgerichtlichen Verfahrens darstellt.¹⁾ Indessen ist dieser Grundsatz auch der ZPO bekannt, wo er sich in einer Reihe von Einzelbestimmungen ausprägt.²⁾ Eine entscheidende Besonderheit des arbeitsgerichtlichen Verfahrens liegt darin also nicht. Wenn im arbeitsgerichtlichen Verfahren weiter der Gedanke der gütlichen Einigung besonders betont wird,³⁾ auch ein eigenes Güteverfahren vorgesehen ist,⁴⁾ so bedeutet dies doch ebenfalls keinen wesensmäßigen Unterschied gegenüber der ZPO, in der sich mit § 495 II für das amtsgerichtliche Verfahren eine dem § 57 II ArbGG entsprechende Bestimmung findet und auch im landgerichtlichen Verfahren das Hinwirken auf einen Vergleich durchaus am Platze ist. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß eine Wiedereingliederung des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens in den Zivilprozeß angesichts der geringen grundsätzlichen Unterschiede nicht ausgeschlossen erscheint.⁵⁾

Bei Betriebsverfassungsverstreitigkeiten nach § 2 I Nr. 4 ArbGG und bei der Entscheidung über die Tariffähigkeit nach § 2 I Nr. 5 ArbGG findet das Beschlußverfahren statt. In ihm geht es nicht um Ansprüche, bei denen sich Kläger und Beklagter gegenüberstehen, vielmehr um einen "Regelungsgegenstand",⁶⁾ bei dem nur von einer "Beteiligung"⁷⁾ gesprochen werden kann. Durch seinen Gegenstand wie durch seine verfahrensmäßige Ausgestaltung wird das Beschlußverfahren in die Nähe der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerückt.⁸⁾ Um das Verfahren einfach zu gestalten, ergehen die Endentscheidungen nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß.⁹⁾ Dementsprechend ist als erstes Rechtsmittel mit den Funktionen der Berufung¹⁰⁾ die Beschwerde vorgesehen.¹¹⁾ Eine völlige Angleichung dieses Beschwerdeverfahrens an das Berufungsverfahren wird

1) Dersch-Volkmar Einl. S. 14; Dietz-Nikisch § 9 Rdn. 1; Kaskel-Dersch S. 309; Schnorr von Carolsfeld S. 472.

2) Vgl. §§ 95, 272, 272a, 272b, 278 II, 279, 279a, 283 II, 356, 529; sh. im übrigen Rosenberg § 58 II 5 !

3) § 57 II ArbGG.

4) § 54 ArbGG.

5) dafür Schiffer S. 213; Weber ZSR 57, 111, 113, dagegen Galperin ZSR 57, 133 ff; vgl. ferner Knoll Fußn. 1 auf S. 18.

6) Schnorr v. Carolsfeld S. 496.

7) Kaskel-Dersch S. 316.

8) Dersch-Volkmar S. 8, 16; Kaskel-Dersch S. 308; Schnorr v. Carolsfeld S. 495.

9) § 84 ArbGG.

10) Dersch-Volkmar S. 17.

11) § 87 ArbGG.

sich wegen seiner einfacheren Gestaltung naturgemäß nicht erreichen lassen, solange es überhaupt bei Beschluß und Beschwerde bleibt. Wegen ihrer gleichartigen Funktion ist aber eine weitgehende Entsprechung beider Rechtsmittelverfahren wünschenswert. Die Beschwerde des Beschlußverfahrens wird daher auf eventuell sich ergebende Angleichungsmöglichkeiten an das Berufungsverfahren in dieser Arbeit im Auge behalten werden.

c. Die VwGO:

Das verwaltungs-, finanz- und sozialgerichtliche Verfahren, die im folgenden als die Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand bezeichnet werden sollen, bilden, da in ihnen allen über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten entschieden wird, eine deutlich von der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit abgehobene Gruppe. Die allg. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dabei der Kern dieser Gruppe, denn Finanz- und Sozialgerichte sind lediglich besondere Verwaltungsgerichte.¹⁾ Die allgemeinen Verwaltungsgerichte sind nach § 40 VwGO zuständig für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, soweit nicht durch ausdrückliche Zuweisung die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes begründet ist. Der Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist²⁾ dreistufig, nur in einigen wenigen Fällen entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug.³⁾ Die Verwaltungsgerichte sind heute echte unabhängige Gerichte im Sinne von Art 92 GG. Sie sind den ordentlichen Gerichten gleichwertige Träger der Gerichtsbarkeit,⁴⁾ deren Aufgabe Rechtsprechung ist. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit dient dem Rechtsschutz des einzelnen gegen rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltung, also der Durchsetzung der subjektiven individuellen Interessen des einzelnen.⁵⁾ Wenn Niese meint, daß Zweck des Verwaltungsprozesses, vor allem im Anfechtungsverfahren, die Gewährleistung der rechtmäßigen Hoheitsausübung als solcher sei,⁶⁾ daß der unmittelbar Betroffene lediglich "Sachwalter der Allgemeinheit" sei, dessen "individuelles Rechtsschutzbedürfnis gleichsam zum Vehikel des öffentlichen Interesses an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" werde,⁷⁾ so

1) §§ 1 EFGO, 1 SGG.

2) sh. §§ 2, 46, 49 VwGO.

3) § 50 VwGO.

4) Herbert Arndt DRiZ 57, 199; Bachof ZZP 65, 2; Bettermann in Festschrift für Lent S. 17; Menger S. 59 mit weiteren Nachw.; Schäffer NJW 60, 1228; Schlochauer AöR 79, 186; Ule JZ 53, 684.

5) Bettermann DVBl. 53, 163; Ule DVBl. 54, 142 f; Verwaltungsprozeßrecht S. 4.

6) JZ 52, 355.

7) JZ 52, 356.

kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden. Sie ist mit Art. 19 IV GG nicht zu vereinbaren, der dem einzelnen in seinem Interesse bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt die Beschreitung des Rechtsweges als "formelles Hauptgrundrecht" garantiert. Auf dem Wege über den Schutz der individuellen Interessen dient der Verwaltungsgerichtsprozeß freilich auch mitteilbar der Bewährung der objektiven Rechtsordnung, das rechtfertigt aber nicht die Auffassung, daß seine eigentliche Bestimmung eine Verwaltungskontrolle sei. Im Ergebnis läßt sich wie für den Zivilprozeß¹⁾ festhalten, daß der Verwaltungsgerichtsprozeß der Wahrung des subjektiven und des objektiven Rechts dient.²⁾ Damit ist zugleich schon ein entscheidender Unterschied gegenüber dem Strafprozeß gefunden, dessen Verwandtschaft mit dem Verwaltungsgerichtsprozeß von manchen Autoren zu Unrecht behauptet wird³⁾ und dem sie diesen daher stärker angleichen wollen. Im Strafprozeß nämlich geht es nur um das Interesse der Allgemeinheit an der Bestrafung des Verbrechers. Seine Aufgabe ist dagegen nicht, individuelle Rechte zu schützen, auch nicht die Rechte des Verletzten.⁴⁾ Daß der Verwaltungsgerichtsprozeß dem Zivilprozeß näher steht als dem Strafprozeß, zeigt sich auch bei der Ausgestaltung des Verfahrens. So ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren auch bei den Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen⁵⁾ wie der Zivilprozeß, aber im Gegensatz zum Strafprozeß⁶⁾ ein echter Parteiprozeß,⁷⁾ in dem der Staat oder sonstige beteiligte Träger der öffentlichen Gewalt prozessual die gleiche Stellung hat wie der rechtsuchende Bürger. Weiter gilt im Verwaltungsgerichtsprozeß - wiederum anders als im Strafprozeß und in Übereinstimmung mit dem Zivilprozeß - die Dispositionsmaxime.⁸⁾ Dies ergibt sich für die VwGO vor allem aus § 88,

1) Vgl. o. unter a, S. 13 .

2) Zutreffend; Gehring DÖV 54, 333; Menger DÖV 55, 591; Schlochauer AöR 79, 187; Stiefel NJW 54, 1790. Näher kann auf die Auseinandersetzung über den Zweck des Verwaltungsprozesses hier nicht eingegangen werden. Es sei verwiesen auf die Untersuchung bei De With S. 14 ff, die dieser ebenfalls zur Überprüfung von Angleichungsmöglichkeiten unternommen hat und deren Ergebnis - S. 27 - beigepflichtet wird.

3) Niese JZ 52, 358; Reuss DVBl. 55, 312; Schlochauer AöR 79, 207. Dagegen mit Recht Bettermann DVBl. 53, 164 und Schultz JR 56, 135.

4) Vgl. o. II 2, S. 8 .

5) VwGO, Teil II, 8. Abschnitt.

6) sh. o. II, 2, S. 9 .

7) Bitter BayVBl. 58, 45; Schultz JR 56, 135; Ule DVBl. 54, 141.

8) Richtig Bitter BayVBl. 58, 44 mit weiteren Literaturangaben in Fußn. 30; Linn DVBl. 56, 818; Menger S. 82; Rupp AöR 85, 188; Schöndorf BayVBl. 57, 276; Ule DVBl. 54, 144; Ule VwGO Anm. zu § 88; Schultz JR 56, 135.

sowie aus einer Reihe weiterer Vorschriften, aus denen erhellt, daß die Parteien über Eröffnung und Fortgang des Verfahrens und über den Umfang des Rechtsstreits bestimmen können.¹⁾ Bei der Frage, wer den Prozeß betreibt, d. h. in Gang setzt und hält, klaffen zwischen Verwaltungs- und Zivilprozeß gleichfalls keine großen Unterschiede. Begonnen wird der Prozeß in beiden Verfahren durch die Parteien, für seinen Fortgang hat sich der Verwaltungsprozeß für den Amtsbetrieb entschieden,²⁾ d. h. Terminsanberaumungen, Ladungen und Zustellungen³⁾ erfolgen von Amts wegen. Die ZPO hat sich dem, ausgehend ursprünglich vom Parteibetrieb, schon weitgehend genähert,⁴⁾ eine vollständige Angleichung ist dadurch möglich und wünschenswert, daß im Zivilprozeß alle Zustellungen, also auch die der Urteile, von Amts wegen erfolgen.

Bei den Verfahrensmaximen verbleibt somit als einziger Unterschied zwischen den beiden Verfahren, daß im Verwaltungsprozeß der Untersuchungsgrundsatz,⁵⁾ im Zivilprozeß - von den Statussachen abgesehen - der Verhandlungsgrundsatz gilt, mit der notwendigen Folge, daß im Verwaltungsprozeß nur von einer objektiven, nicht von einer subjektiven Beweislast die Rede sein kann.⁶⁾ Aber auch dies ist kein⁷⁾ "grundlegender" Unterschied wie Baring⁸⁾ meint, der etwa die Behauptung der Verwandtschaft von Straf- und Verwaltungsprozeß rechtfertigen könnte. Einmal ist der Verhandlungsgrundsatz durch die Wahrheitspflicht der Parteien und die Aufklärungspflicht des Richters stark eingeschränkt.⁹⁾ Zum andern aber muß sich auch unter der Herrschaft des Untersuchungsgrundsatzes das Gericht in erster Linie auf den Tatsachenvortrag der Parteien stützen.

Freilich hat der Verwaltungsprozeß auch seine Besonderheiten, und einer Gleichmacherei um jeden Preis soll hier nicht das Wort geredet werden.¹⁰⁾ So geht dem verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß eine staatliche Entscheidung in der Sache, nämlich der behördliche Verwaltungsakt, bereits voraus, weshalb in der Verwaltungsrechtswissenschaft auch von "nachträglichen Verwalt-

1) Vgl. §§ 82, 92, 106, 126, 129, 140 VwGO.

2) Ule, VwGO, § 94 Anm. I, § 119 Anm. II.

3) § 56 II VwGO.

4) Rosenberg § 62 II 2.

5) § 86 VwGO.

6) Rückriegel DÖV 58, 532; Ule DVBl. 54, 146; Ule VwGO, § 86 Anm. III 1 mit Nachweisen.

7) Richtig Menger S. 82 Fußn. 19, Ule DVBl. 54, 146.

8) Baring AöR 76, 456.

9) §§ 138 und 139 ZPO.

10) dagegen auch Hamann DVBl. 55, 207; Ule DVBl. 54, 492.

tungsstreitsachen" gesprochen wird.¹⁾ Dies verleiht der Anfechtungsklage eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Rechtsmittel,²⁾ sie hat zudem wie diese Devolutions- und Suspensiveffekt.³⁾ Dennoch ist sie kein Rechtsmittel. Das Hauptargument dagegen ist, daß sich die Anfechtungsklage gegen die Behörde⁴⁾ richtet, die den Verwaltungsakt oder die Beschwerdeentscheidung erlassen hat, nicht wie ein Rechtsmittel gegen die bisher siegreiche Partei.⁵⁾ Eine wichtige Eigenart des Verwaltungsprozesses ist ferner, daß ihm in aller Regel ein Vorverfahren vorangeht,⁶⁾ was ohne Zweifel von Bedeutung sein kann für die Frage, wie das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszugestalten ist.⁷⁾ Bei dem Problem der Rechtsmittelbeschränkung wird darauf noch zurückzukommen sein.⁸⁾

Im ganzen kann gesagt werden, daß zwischen Verwaltungs- und Zivilprozeß nicht so grundsätzliche Differenzen bestehen, daß eine Angleichung sinnlos wäre. Die Angleichungsmöglichkeiten werden sich im einzelnen bei der vergleichenden Gegenüberstellung der praxialen Institute zeigen.

d) der EFGO:

Wie die Verwaltungsgerichte sind auch die Finanzgerichte nach dem Entwurf der FGO⁹⁾ echte, unabhängige, von der Finanzverwaltung getrennte Gerichte. Der EFGO sieht, insoweit heftig umstritten,¹⁰⁾ einen nur zweistufigen Instanzenweg vor, über den Finanzgerichten nämlich nur noch den Bundesfinanzhof als Revisionsinstanz. Die Besetzung der Kammern der Finanzgerichte mit zwei hauptamtlichen Richtern und drei ehrenamtlichen Finanzrichtern,¹¹⁾ die ein

1) Vgl. Menger S. 137.

2) Vgl. dazu die Dissertation von Wellmann; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 15.

3) Menger S. 141.

4) bzw. deren Körperschaft.

5) Ebenso Menger S. 150; Schöndorf BayVBl. 57, 275; Wellmann § 11.

6) Vgl. §§ 68 ff. VwGO.

7) Zum Verhältnis Vorverfahren - gerichtsverfahren, zu dem am Wehrpflichtgesetz eine heftige Auseinandersetzung entbrannt ist, vgl.: Bachof: Wehrpflichtgesetz, und DVBl. 58, 6 ff; Clasen NJW 58, 861 f; Hahnenfeld NJW 58, 2002 ff; Hauck NJW 58, 327 ff; Kniesch NJW 58, 576 ff; Ridder DÖV 57, 511; Spanner DÖV 58, 651 ff; Ule DVBl. 57, 326; 57, 597 ff; 58, 9 ff; 58, 694; Ule Verwaltungsprozeßrecht S. 16.

8) S. u. § 1 B I 2 b bb, S. 37 ff.

9) § 1.

10) darauf wird bei der Zulässigkeit der Berufung noch näher eingegangen werden.

11) § 4 III EFGO.

Überwiegen des Laienelements bedingt, ist eine Besonderheit des EFGO gegenüber der VwGO, die angesichts der Unabhängigkeit der Finanzgerichte von den Finanzbehörden ungerechtfertigt ist.¹⁾ Die Zuständigkeitsregelung in § 36 EFGO ergibt, daß die Finanzgerichte durchaus nicht für alle Rechtsstreitigkeiten über Abgabeanangelegenheiten zuständig sein sollen, so vor allem nicht für die Anfechtung gemeindlicher Abgabenbescheide, die nach § 40 VwGO somit vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten zu erfolgen hat. Das Verfahren vor den Finanzgerichten wird von dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht²⁾ wie das verwaltungsgerichtliche Verfahren und entspricht diesem naturgemäß - als besonderes verwaltungsgerichtliches Verfahren - auch sonst weitgehend. Als Besonderheit wird häufig hervorgehoben,³⁾ die Finanzgerichte müßten die Gleichmäßigkeit der Besteuerung gewährleisten. Damit will man dann systemwidrige Bestimmungen⁴⁾ wie die Möglichkeit der Verschlechterung des angefochtenen Bescheids⁵⁾ rechtfertigen.⁶⁾ Richtig ist, daß die Einhaltung der gleichmäßigen Besteuerung in erster Linie Aufgabe der Finanzverwaltung ist;⁷⁾ die Finanzgerichte dienen dem Rechtsschutz des einzelnen⁸⁾ und sollen freilich dadurch die objektive Rechtsordnung und damit die Gleichmäßigkeit der Besteuerung bewähren helfen. Das ist ihr Zweck, richtig verstanden, der sich von dem der allgemeinen Verwaltungsgerichte nicht unterscheidet. Daher besteht auch kein Anlaß, die Dispositionsmaxime im EFGO nicht ebenso konsequent durchzuführen wie dort. Insofern bedarf der EFGO noch einiger Verbesserungen.⁹⁾

Als echte Besonderheit gilt es hervorzuheben, daß die Eingriffe der staatlichen Steuergewalt bei der Höhe der Steuerlast von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung für den einzelnen und - in ihrer Gesamtheit - für die ganze Volkswirtschaft sind.¹⁰⁾ Hinzu kommt, daß die steuerliche Veranlagung als ausgesprochene Massenarbeit,¹¹⁾ die zudem noch rasch vonstattengehen muß, not-

1) Birkholz DRiZ 56, 10; Homann FR 57, 266; für die Regelg. des EFGO Bühler, Grundsätzliche Fragen S.19.

2) § 71 EFGO.

3) Kaatz DStZ 57, 47; Praß DStR 53, 130.

4) Naumann JZ 53, 100.

5) § 90 I 2 EFGO.

6) Kaatz DStZ 57, 47; Praß DStR 53, 130.

7) Fritsch Wpg. 55, 36.

8) Naumann JZ 53, 101 und DÖV 53, 538.

9) Dazu De With S. 29 ff.

10) Birkholz DRiZ 56, 10; Bühler StbJb. 55/56, 22; Vereinigung der Finanzrichter, Bericht bei Herting Anw.Bl. 54, 58.

11) Bühler StbJb. 55/56, 22; Hartung BB 54, 203; Oswald StW 54, 689; Tipke DÖV 59, 334.

wendigerweise häufig oberflächlich ist. Diese beiden Gesichtspunkte, ferner die Kompliziertheit der steuerrechtlich erheblichen Sachverhalte wie des materiellen Steuerrechts, verlangen eine gute und leistungsfähige Finanzgerichtsbarkeit. Inwieweit die Besonderheiten der Finanzgerichtsbarkeit einer Angleichung an die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wege stehen, ist bei den einzelnen Prozeßinstituten zu prüfen. Schon die Tatsache, daß viele Abgabenstreitigkeiten von den allgemeinen Verwaltungsgerichten entschieden werden, zeigt aber, daß eine solche Angleichung¹⁾ nicht ausgeschlossen ist.

e) Das SGG:

Das SGG vom 3. 9. 1953²⁾ ordnete die Sozialgerichtsbarkeit neu. Im Gegensatz zum bisherigen Zustand³⁾ brachte es echte, von der Verwaltung getrennte Gerichte. Es sieht, wie die VwGO, einen dreifachen Instanzenzug vor.⁴⁾ Die Sozialgerichte entscheiden im wesentlichen⁵⁾ in Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung und der Kriegsopferversorgung, d. h. in Fragen von erheblicher menschlicher, politischer und wirtschaftlicher Bedeutung.⁶⁾ Durchwegs handelt es sich dabei, anders als in der Arbeitsgerichtsbarkeit, um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Wie die Rechtswissenschaft heute die "Sozialversicherung als eine völlig selbständige, nicht mehr dem Arbeitsrecht zuzurechnende Rechtsdisziplin"⁷⁾ anerkannt hat, so steht die Sozialgerichtsbarkeit heute auch "der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit näher als der Arbeitsgerichtsbarkeit, die ihr in ihren ersten Anfängen einmal als Vorbild gedient hat".⁸⁾ Dieser Verwandtschaft ist zum Teil schon dadurch Rechnung getragen, daß bei Erlaß des SGG der schon vorliegende EVwGO weitgehend Berücksichtigung fand.⁹⁾ Hinsichtlich des Verfahrens und der Grund-

1) Dafür Bettermann ZZP 70, 198; Naumann DÖV 53, 536 und JZ 53, 105; Weisensee - FR 57, 194 - ist für Eingliederung der Finanzgerichte als Finanzkammern und -senate i. d. allg. Verwaltungsgerichtsbarkeit; für die Eingliederung nach Tietgen DVBl. 57, 715 auch Ule auf dem 42. Dt. Juristentag.

2) Nunmehr in der Neufassung vom 23. 8. 1958, BGBl. I 613.

3) Zur Geschichte der Sozialgerichtsbarkeit Mellwitz S. 57 ff; Schneider DRiZ 59, 8 ff; Schoen DÖV 54, 597, Sellmann NJW 57, 1091.

4) § 2 SGG.

5) Näheres § 51 SGG.

6) Schmidt DRiZ 59, 113.

7) Sellmann NJW 57, 1092.

8) Sellmann NJW 57, 1092.

9) Begrd. zum Entwurf, abgedruckt bei Rohwer-Kahlmann, Anhang, S. 152; Schneider DRiZ 59, 10; Sellmann NJW 57, 1093.

sätze¹⁾ von denen es beherrscht wird, kann daher in großem Umfang auf das oben¹⁾ bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit Gesagte verwiesen werden. Eine weitere Angleichung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheint darüberhinaus möglich.²⁾ Zugleich ist aber hervorzuheben, daß sich das SGG, soweit man nicht Eigenheiten des Verwaltungsprozesses Rechnung tragen zu müssen glaubte³⁾ in starkem Maße an die ZPO anlehnt,³⁾ was sich in Einzelverweisungen⁴⁾ und einer Generalverweisung in § 202 zeigt. Inwieweit dadurch einer Angleichung von SGG und ZPO schon der Weg geebnet ist, müssen die Einzeluntersuchungen zeigen.

f) Wie schon oben⁵⁾ erwähnt, werden auch noch einschlägige Verfahrensbestimmungen aus einer Reihe von Nebengesetzen zu behandeln sein. Es kommen dabei folgende Gesetze in Frage: Mieterschutzgesetz, Geschäftsraummietengesetz, Binnenschiffahrtsgesetz, Personalvertretungsgesetz, Baulandbeschaffungsgesetz, Bundesentschädigungsgesetz, Flurbereinigungsgesetz, Lastenausgleichsgesetz, Feststellungsgesetz, Währungsausgleichsgesetz, Altspargergesetz, Wehrpflichtgesetz und Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz.

D. Die Methode der Untersuchungen

I. Aus dem der Arbeit gesetzten Ziel Aufzeigung zweckmäßiger Möglichkeiten für eine sachliche und formelle Angleichung⁶⁾ der einzubeziehenden Verfahrensgesetze auf dem Gebiet der Berufung - folgt zwanglos die Methode der Untersuchung. Der gesamte Fragenkomplex der Berufung wird zunächst in Einzelprobleme zu untergliedern sein, die nacheinander zu behandeln sind. Es wird zu prüfen sein, ob es in den einzelnen Verfahren Regelungen gibt, die dasselbe Problem zum Gegenstand haben und welche Bestimmungen einander entsprechen. Wenn Textunterschiede bestehen, die eine sachliche Verschiedenheit nicht beinhalten, wird eine Angleichung des Textes unschwer möglich sein, und es ist nur nach der besten Formulierung zu suchen. Soweit sachliche Verschiedenheiten vorhanden sind, entsteht die Frage nach ihrer Behebbarkeit. Es wird zu untersuchen sein, ob Angleichungsmöglichkeiten bestehen und wenn ja, welche Lösung die sachlich beste ist. Die Untersuchung wird dabei nicht

1) Unter c), S. 6 ff.

2) Bettermann ZZP 70, 198.

3) Rohwer-Kahlmann S. 9.

4) z. B. in §§ 74, 118, 122 III, 167 II SGG.

5) Unter III 1. S. 13 .

6) s. o. unter B, S. 5 ff.

auf die schon gefundenen und positivierten Lösungen zu beschränken sein, sondern es ist zu fragen, ob es nicht außerhalb der bisherigen Verfahrensordnungen noch eine bessere Lösung gibt.¹⁾ Insoweit berühren sich Prozeßvereinheitlichung und Prozeßreform.²⁾ Die Frage nach der Behebbarkeit der sachlichen Unterschiede und nach der besten Angleichungsmöglichkeit wird der Schwerpunkt der Arbeit sein. Eine Angleichung wird dabei nicht um jeden Preis befürwortet werden, sondern nur, soweit nicht die besonderen Verhältnisse des einzelnen Verfahrens eine besondere Regelung erfordern.³⁾ Für die schließlich gefundene sachlich beste Angleichungsmöglichkeit muß weiter noch die beste Formulierung gesucht werden.

Die Bestimmungen über die Berufung, die in dieser Arbeit behandelt werden, sind nicht isoliert von den übrigen Teilen der jeweiligen Verfahrensordnung, sondern stehen mit ihnen in Zusammenhang. Es werden daher notwendig auch Probleme berührt, auf die im einzelnen nicht eingegangen werden kann, Inso- weit wird es erforderlich sein, auf schon angestellte³⁾ oder noch vorzunehmende Untersuchungen zu verweisen oder auch mit Unterstellungen einer einheitlichen Lösung, die hier näher nicht begründet werden kann, zu arbeiten.

II. Die Charakterisierung der einzelnen Verfahrensarten hat ergeben, daß sich ZPC und ArbGG auf der einen und VwGO, EFGO und SGG auf der anderen Seite als eine Gruppe deutlich voneinander abheben. Es wird daher häufig zweckmäßig sein, erst die Angleichungsmöglichkeiten innerhalb jeder dieser Gruppen zu untersuchen und dann erst beide Gruppen einander gegenüberzustellen.⁴⁾

1) Bettermann ZZP 70, 190.

2) Dafür auch Hamann DVBl. 55, 207; Kniesch MDR 54, 5;
Ule DVBl. 54, 492.

3) Vgl. die Dissertationen von Knoll und De With.

4) Für eine derartige Gruppenbildung: Baur JZ 55, 303; Bettermann ZZP 70, 198;
Ule DVBl. 58, 695; Wagner DRiZ 57, 291.

2. Abschnitt: Besonderer Teil.

1. Kapitel: BEGRIFF UND WESEN DER BERUFUNG.

Obwohl die Berufung in ZPO, ArbGG, VwGO und SGG im einzelnen zum Teil unterschiedlich geregelt ist, läßt sich aus einer Zusammenschau der einzelnen Bestimmungen unter Berücksichtigung der Entwicklung des Instituts doch das Wesentliche der Berufung und ihr in all diesen Gesetzen Eigene herauschälen.

Auch die Erkenntnis des Richters ist nicht unfehlbar. Um trotzdem eine möglichst hohem Garantie für die Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidungen zu geben, sehen die Prozeßordnungen Rechtsbehelfe gegen sie vor. Eine Reihe dieser Rechtsbehelfe faßt man unter dem Begriff des "Rechtsmittels" zusammen. Charakteristisch für das Rechtsmittel ist der Suspensiveffekt,¹⁾ d. h. daß der Eintritt der Rechtskraft gehemmt und die Fortführung des Prozesses bewirkt wird, ferner der Devolutiveffekt,²⁾ d. h. die Überleitung des Prozesses an eine höhere Instanz und endlich, daß eine sachliche Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung begehrt wird,³⁾ nicht einfach eine von der ersten unabhängige Neuentscheidung. Gemeinsam ist allen Rechtsmitteln, daß sie nur dem zur Verfügung stehen, für den die Erstentscheidung ungünstig war, und d. h., dessen Anträgen sie nicht voll entsprochen hat; denn andernfalls hat der Rechtsmittelkläger keinen gerechtfertigten Anlaß, mit der Entscheidung nicht zufrieden zu sein. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels setzt also eine Beschwerde voraus.⁴⁾ Ein solches Rechtsmittel ist neben der Revision und der Beschwerde auch die Berufung. Die Berufung bezweckt nicht nur wie die gemeinrechtliche Appelation eine Kritik des Verfahrens und des Urteils erster Instanz "vom Gesichtspunkt der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei",⁵⁾ sie führt vielmehr zu einer Erneuerung und Wiederholung des gesamten Rechtsstreits vor dem höheren Richter,

1) Lent, ZPO S. 186; Rosenberg § 132 I 2a.

2) Lent, ZPO S. 186; Rosenberg § 132 I 2b.

3) Lent, ZPO S. 186; Rosenberg § 132 I 2c.

4) Lent, ZPO S. 187; Rosenberg § 134 II 2; Walsmann S. 44 ff.

5) Allg. Begründung zum EZPO Hahn S. 139; ebenso Stein-Jonas-Schönke Anm. I vor § 511; Walsmann S. 52.

einem novum iudicium.¹⁾ allerdings in Fortsetzung des bisherigen Prozesses.²⁾ Das bedeutet, daß die zweite Instanz das gesamte Prozeßmaterial in voller Freiheit in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung neu zu würdigen hat. Sie soll dabei aber nicht völlig unabhängig vom erstinstanzlichen Verfahren zu einer eigenen Entscheidung gelangen. Die Überprüfung soll vielmehr schon ergeben, ob das erste Urteil richtig ist, aber eben, ob es objektiv nach dem dem Richter nun vorliegenden Material dem Rechte entspricht, nicht, ob der Un-
terrichter richtig geurteilt hat.³⁾ Dieser Ausgestaltung der Berufung entspricht es, daß in der Berufungsinstanz grundsätzlich auch neues Prozeßmaterial, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, zu berücksichtigen sind.⁴⁾ Soweit dieser Grundsatz in ZPO und ArbGG durchbrochen ist,⁵⁾ sollen diese Einschränkungen nur dem Mißbrauch entgegenwirken, den Prozeß erst in zweiter Instanz richtig zu führen und die erste als bloße Versuchsstation⁶⁾ anzusehen, an dem grundsätzlichen Charakter der Berufung als einer neuen (Tatsachen-) Instanz ändert sich dadurch nichts.

Die Berufung als zweite Tatsacheninstanz ist im Interesse der Partei geschaffen. Es soll eine größere Gewähr dafür gegeben sein, daß die Partei zu ihrem wahren Rechte kommt. Natürlich wird damit wiederum auch - wie überhaupt im Prozeß - zur Wahrung des objektiven Rechts beigetragen. Wenn durch die Berufungsurteile weiterhin eine erzieherische Wirkung auf die Erstgerichte ausgeübt wird, so ist dies nicht der Grund für die Eröffnung der Berufungsinstanz, vielmehr eine erfreuliche Nebenfolge.

Von anderem Charakter als die Berufung ist die Revision. Sie bezweckt nicht mehr in erster Linie den Schutz der subjektiven Interessen der einzelnen Prozeßparteien, denn deren Anforderungen an den Staat "dürfte völlig genügt

1) Baumbach-Lauterbach § 511 Anm. 1; Allgemeine Begründung zum EZPO, Hahn S. 139; Nikisch S. 464; Rosenberg § 132 I 3a; Stein-Jonas-Schönke Anm. I vor § 511; Walsmann S. 51. Was bei diesen Schriftstellern für die ZPO ausgeführt ist, gilt in gleicher Weise für die anderen hier untersuchten Verfahren. Vgl. Klinger § 128 Anm. B; Koehler § 128 Anm. III 1. Vgl. auch §§ 525, 529, 537 ZPO; § 64 II 1 ArbGG; § 128 VwGO; § 157 SGG.

2) dazu vor allem Walsmann S. 51 ff, für die VwGO Koehler § 128 Anm. III 2; Ule VwGO § 128 Anm. I.

3) Walsmann S. 52.

4) § 529 I ZPO, der über § 64 II 1 auch im ArbGG gilt, §§ 128 VwGO, 157 SGG.

5) Vgl. §§ 529 II, III ZPO, 67 ArbGG.

6) Begründung zum EZPO 1931, S. 344.

sein, wenn der Staat" ihnen "die Möglichkeit gewährt, ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte zu erwirken";¹⁾ die Revision²⁾ dient vielmehr vor allem der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung³⁾ und der Fortbildung des Rechts.⁴⁾ Trotzdem ist die Revision ebenfalls echtes Rechtsmittel⁵⁾ und keine Kassation. Der einzelne kann durch ihre Einlegung im Einzelfall zu seinem subjektiven Rechte kommen. Er wird dabei aber mehr zum Motor für die Wahrung des übergeordneten Interesses an der Rechtseinheit, um das es bei der Revision geht. Ihrem besonderen Zwecke entsprechend ist die Revision auch ausgestaltet als reine Rechtsinstanz, in der lediglich die Richtigkeit der Rechtsanwendung auf den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt überprüft wird.⁶⁾ Sie ist also keine Tatsacheninstanz wie die Berufung.

Die Beschwerde schließlich ist anders als die Berufung nicht gegen Urteile,⁷⁾ sondern nur gegen Beschlüsse und Verfügungen gegeben.⁸⁾ Ihrem Gehalt nach sind diese mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen von geringerer Bedeutung, insbesondere enthalten sie nicht eine sachliche Endentscheidung. Endlich unterscheidet sich das Beschwerdeverfahren auch in seiner weniger formellen und lückenhafter geregelten Ausgestaltung vom Berufungsverfahren.

1) Allg. Begründung zum EZPO, Hahn S. 141.

2) soweit es sich um die materiellrechtliche und nicht um die Verfahrensrevision handelt.

3) Allg. Begründung zum EZPO, Hahn S. 141; ferner Jagusch JZ 55, 33; Kniesch MDR 55, 132 mit weiterer Literatur; Lent, ZPO S. 194; Rosenberg § 132 II 1 und 2; Schönke-Schröder-Niese S. 396; Stein-Jonas-Schönke Vorb. I 1 vor § 545. Was hier für die ZPO gesagt ist, gilt in gleicher Weise für die anderen Verfahren.

4) Jagusch JZ 55, 33; Weinkauff NJW 50, 816.

5) Rosenberg § 132 II 2; Schönke-Schröder-Niese S. 397; Stein-Jonas-Schönke Vorb. I 1 vor § 545.

6) §§ 549, 561 ZPO; § 73 I ArbGG; § 137 VwGO; § 101 EFGO; §§ 162 II, 163 SGG

7) von wenigen Ausnahmefällen in der ZPO abgesehen, vgl. §§ 71 II, 135 III, 387 III ZPO.

8) Vgl. §§ 567 ZPO, 78 ArbGG, 146 VwGO, 108 EFGO, 172 SGG.

2. Kapitel: DIE BERUFUNG IM EINZELNEN.

§ 1. Die Statthaftigkeit der Berufung

A. Allgemeines

I. Bei der Berufung ist wie bei jedem Rechtsmittel zwischen der prozessualen Zulässigkeit und der materiellen Begründetheit zu unterscheiden.¹⁾ Nur wenn die Berufung zulässig ist, darf sie auf ihre sachliche Begründetheit überprüft werden. Unter § 1 sollen nur Regelungen behandelt werden, welche die Zulässigkeit der Berufung betreffen, Prozeßfortsetzungsbedingungen in der anschaulichen Terminologie Wieczoreks.²⁾ Sie sind entweder Prozeßfortsetzungsvoraussetzungen oder Prozeßfortsetzungshindernisse,³⁾ wie der Rechtsmittelverzicht und die Rechtsmittelrücknahme.⁴⁾ Letztere sollen erst später untersucht werden. Zu den Zulässigkeits- oder Prozeßfortsetzungsvoraussetzungen zählen:⁵⁾ Die Statthaftigkeit an sich, d. h. daß das Rechtsmittel gegen die angefochtene Entscheidung als solche (abstrakt) gegeben ist;⁶⁾ Vorliegen der Erwachsenensumme bzw. der Zulassung des Rechtsmittels, soweit gesetzlich vorgesehen; Einlegung des Rechtsmittels durch den Berechtigten; Beschwerde; form- und fristgerechte Einlegung; bei notwendiger Begründung Einhaltung der erforderlichen Form und Frist auch für diese. Das Erfordernis der Beschwerde ist in keinem der zur Untersuchung stehenden Gesetze ausdrücklich normiert. Es bedarf dessen auch für die Zukunft nicht, da man sich über diese Zulässigkeitsvoraussetzung einig ist.⁷⁾ Ohne weiteres ausgeschieden und der Untersuchung in einem besonderen Paragraphen können vorbehalten werden die Voraussetzungen der form- und fristgerechten Einlegung und Begründung des Rechtsmittels. Die dann noch verbleibenden Prozeßfortsetzungsvoraussetzungen stehen fast alle untereinander in

1) Rosenberg § 134 I; Schönke-Schröder-Niese S. 373; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 175.

2) Wieczorek, § 511 Anm. B.

3) Wieczorek, § 511 Anm. B I.

4) Wieczorek, § 511 Anm. B Ib.

5) Vgl. Rosenberg § 134 II; Schönke-Schröder-Niese S. 373 ff; Wieczorek § 511 Anm. B Ia.

6) Wieczorek, § 511 Anm. B Ia 1.

7) Vgl. z. B. Rosenberg § 134 II 2; Wieczorek § 511 Anm. B Ia 2; Eyermann-Fröhler § 124 Rdn. 4; Klinger Anm. A IVc vor § 124; Koehler § 124 Anm. VII 1; Ule, VwGO, § 124 Anm. I 1; Peters-Sautter-Wolff § 143 Anm. 1b.

engem Zusammenhang, sie bilden - wie sich noch zeigen wird - ein System der Berufungszulässigkeit und sind daher zweckmäßigerweise auch zusammen zu behandeln. Dies soll in § 1 unter der Bezeichnung Statthaftigkeit, worunter sonach nur allein die Statthaftigkeit an sich verstanden werden soll, geschehen.

II. Betrachtet man die Regelungen über die Statthaftigkeit der Berufung in den einzelnen Verfahrensgesetzen, so bietet sich ein recht buntscheckiges Bild. Im EFGO ist die Berufung überhaupt nicht vorgesehen, in den übrigen vier großen Verfahrensgesetzen ist sie zwar bekannt, doch ist ihre Statthaftigkeit überall anders geregelt. Die Vielfalt der Zulässigkeitseinschränkungen und Ausnahmen davon ist verwirrend. So finden sich Einschränkungen nach Sachgebieten und Anspruchsarten,¹⁾ nach Wertgrenzen,²⁾ oder beides kombiniert.³⁾ Die Berufung ist weiter in einer Reihe von Einzelfällen unzulässig, z.B. bei alleiniger Anfechtung der Kostenentscheidung.^{4) 5)} Die Einschränkungen der Statthaftigkeit sind von Ausnahmen durchbrochen,⁶⁾ so vor allem bei Zulassung der Berufung,⁷⁾ aber wiederum uneinheitlich. Die Ausnahmen setzen entweder nur einzelne Statthaftigkeitseinschränkungen außer Kraft⁸⁾ oder alle.⁹⁾ Bei dieser kurzen Schilderung sind die Nebengesetze noch nicht berücksichtigt, die zahlreiche weitere Besonderheiten bringen.¹⁰⁾

Bei genauerer Betrachtung erkennt man, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Statthaftigkeit eine Reihe von Fragen zu lösen hat. Zunächst: Soll das Rechtsmittel der Berufung grundsätzlich überhaupt gegeben sein? Weiter: Soll die Berufung für alle Sachgebiete, für alle Anspruchsarten gegeben sein? Gegen welche Arten von Entscheidungen soll sie statthaft sein, wer soll rechtsmittelberechtigt sein? Soll die Möglichkeit der Berufung eingeschränkt werden und, wenn ja, wie? Sollen diese Einschränkungen ausnahmslos gelten, sollen sie durchbrochen sein? Sollen die Ausnahmen für alle Einschränkungen in gleicher Weise gelten oder nur für einzelne von ihnen? Das große Gebiet der Statthaftigkeit der Berufung kann nur so behandelt werden, daß es auf diese Weise

1) §§ 144-149 SGG, 1 GüBB.

2) §§ 511a I ZPO, 64 I ArbGG.

3) § 1 GüBB.

4) §§ 99 ZPO, 158 I VwGO, 144 II SGG.

5) Vgl. auch §§ 10, 512a ZPO.

6) §§ 511a IV ZPO, 64 I ArbGG, 1 GüBB, 150 SGG.

7) §§ 64 I ArbGG, 1 GüBB, 150 Nr. 1 SGG.

8) § 511a IV ZPO durchbricht nur das Erfordernis des Beschwerdewerts.

9) § 150 SGG durchbricht alle in den §§ 144-149 enthaltenen Einschränkungen.

10) Die Berufung schließen ganz aus §§ 43 BLBeschG, 339 III, 345 III LAG, 38 I FeststG, 34 I WPfIG, 23 III, 43 III KgfEG.

in Einzelprobleme aufgeteilt wird. Dabei wird allerdings zu beachten sein, daß die einzelnen Fragen miteinander in Zusammenhang stehen und die Beantwortung der einen von der Lösung der anderen abhängt.

B. Die generelle Statthaftigkeit der Berufung

Naturgemäß ist die erste vom Gesetzgeber zu beantwortende Frage diejenige, ob die Berufung grundsätzlich überhaupt gegeben sein soll.

I. Allgemeine Beseitigung der Berufung.

Die radikalste Form, um die oben¹⁾ herausgestellten Unterschiede in den verschiedenen Verfahren einzuebnen, ist die vollständige Beseitigung der Berufung in allen Verfahrensgesetzen.

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit.

Bevor die Zweckmäßigkeit dieses Gedankens erwogen werden kann, ist zu fragen, ob eine derartige generelle Beschneidung des Rechtsweges auf nur eine Tatsacheninstanz überhaupt verfassungsrechtlich zulässig wäre.²⁾ Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt ausgesprochen, es bestehe "kein Verfassungsgrundsatz, daß in gerichtlichen Verfahren schlechthin ein Instanzenzug erforderlich sei".³⁾ Im gleichen Sinne hat sich auch das Bundesverwaltungsgericht geäußert,⁴⁾ insbesondere, als es die schleswig-holsteinischen und niedersächsischen Gesetze über die Beschränkung der Berufung und Beschwerde in Verwaltungstreitsachen für gültig erklärte.⁵⁾⁶⁾ Auch im Schrifttum ist diese Auffassung herrschend.⁷⁾ Indessen ist damit nur gesagt, daß nicht in allen ge-

1) unter A II, S. 28.

2) BVerfGE 4, 74 (94), B. v. 21. 10. 54; BVerfGE 4, 387 (411), B. v. 23. 2. 56; BVerfGE 6, 7 (12), B. v. 8. 10. 56; BVerfG NJW 59, 871 (872), U. v. 19. 3. 59.

3) BVerfGE 6, 12.

4) BVerwGE 3, 146 (147), U. v. 15. 2. 56; BVerwGE 7, 66 (73 ff), U. v. 23. 5. 58 mit weiteren Nachweisen; NJW 58, 2011, B. v. 10. 6. 58.

5) BVerwGE 1, 60 (61), U. v. 12. 1. 54; BVerwGE 1, 63, U. v. 12. 1. 54; BVerwGE 6, 84, U. v. 19. 12. 57.

6) Weitere Rechtsprechungsnachweise (BFH u. OVG) bei Maunz-Dürig Art. 19 IV S. 31 Fußn. 1. A. A. VGHFreiburg, DÖV 52, 218 (220), U. v. 16. 8. 51.

7) Buchholz DVBl. 52, 362. Dürig in Maunz-Dürig Art. 19 Abs. IV Rdn. 45/46 mit weiteren Nachweisen; Hamann Art. 19 Anm. C 14; v. Mangoldt-Klein Art. 20 Anm. VI 2; SteuerFlurBG S. 331; Tittel NJW 56, 1701; Ule DVBl. 57, 326; Ziemer FR 58, 502; a. A. v. d. Heyde, VeröffVDStRL 8, 163.

richtlichen Verfahren mehr als eine Instanz erforderlich ist. Gegen die Richtigkeit dieses Satzes lassen sich Bedenken aus dem Grundgesetz (Gleichheitssatz, Art. 3; Art. 19 IV; Rechtsstaatlichkeit, Art. 20, 28 GG) nicht herleiten.¹⁾ Damit ist aber, wie Mangoldt-Klein²⁾ richtig bemerken, "die allgemeinere und in Umkehrung jenes Satzes zu vervollständigende Frage" noch offengelassen, "ob die Beschränkung des Rechtsschutzes auf nicht mehr als nur eine Instanz", zumindest nur eine Tatsacheninstanz, "in jedem Falle und unter allen Umständen ausreichend und verfassungsrechtlich zulässig sei". Aus Art. 19 IV GG³⁾ dürften sich auch gegen eine generelle Beschränkung des jeweils offestehenden Rechtsweges auf nur eine Tatsacheninstanz Bedenken nicht herleiten lassen. Art. 19 IV garantiert nur den "Rechtsweg", und das heißt die Möglichkeit der Anrufung eines unabhängigen Richters, es spricht aber nichts dafür, daß damit auch zwei Tatsacheninstanzen garantiert seien.⁴⁾ Auch Art. 19 IV 2 wollte lediglich Lücken des Rechtsschutzes schließen, die sich aus den Zuständigkeitsregelungen ergeben; das Bestehenbleiben von grundsätzlich zwei Tatsacheninstanzen im ordentlichen Rechtsweg ist damit ebenfalls nicht verfassungsrechtlich gewährleistet.

Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG verbietet auch, Ungleiches künstlich gleich zu behandeln.⁵⁾ Er könnte daher auch einer allgemeinen Verkürzung des Rechtsweges auf eine Tatsacheninstanz durch den Gesetzgeber⁶⁾ entgegenstehen, jedoch nur dann, wenn darin eine Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände läge, die als Willkür bezeichnet werden muß.⁷⁾ Innerhalb dieser Grenze hat der Gesetzgeber einen weitgespannten Ermessensspielraum für seine Regelung.⁸⁾ Nun unterscheiden sich zwar die Verhältnisse bei den einzelnen Gerichtsbarkeiten in

1) Vgl. dazu die in den vorhergehenden Fußnoten zitierten Entscheidungen und Literaturangaben.

2) Art. 20 Anm. VI 2.

3) der sich übrigens nur auf den Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt erstreckt.

4) Hamann Art. 19 Anm. C 14; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII 5c; Uie DVBl. 59, 538.

5) Hamann, Art. 3 Anm. C3, S. 94; v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. III 1 S. 198.

6) der ebenfalls an den Gleichheitssatz gebunden ist, Hamann, Art. 3 Anm. B1; v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. III 4a; BVerfGE 1, 14, U. v. 23.10.1951, Leitsatz 18; BVerfGE 4, 219 (243), B. v. 21.7.55.

7) v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. III 4a; vgl. BVerfGE 4, 219 (243), B. v. 21.7.55.

8) BVerfGE 4, 219 (244), B. v. 21.7.55 mit weiteren Nachweisen; kritisch Hamann, Art. 3 Anm. B 1 und 3.

verschiedenen Punkten,¹⁾ eine gleichmäßig durchgeführte Beseitigung der der 2. Tatsacheninstanz in allen Verfahren deshalb aber als willkürlich zu bezeichnen, ginge zu weit. Sie würde somit gegen den Gleichheitssatz nicht verstoßen.

Das in den Art. 20, 28 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip²⁾ endlich bedeutet zwar auch, daß der einzelne justizförmigen Rechtsschutz durch persönlich und sachlich unabhängige Richter genießt,³⁾ auch darin liegt aber grundsätzlich nicht die Garantie mehrerer Instanzen. Es ist nicht so, daß die Anrufbarkeit zweier Instanzen eine ausnahmslos geltende Regel langjähriger deutscher Rechtstradition wäre.⁴⁾ Trotzdem werden auf Grund der Verfassung an den garantierten justizförmigen Rechtsschutz Mindestanforderungen zu stellen sein, da andernfalls die verfassungsmäßige Garantie wertlos wäre. Hieraus ergeben sich in engen Grenzen doch gewisse, allerdings schwierig zu bestimmende Schranken für eine Beschneidung des Rechtsschutzes und damit auch des Instanzenzuges. So dürfte es verfassungsrechtlich z.B. unzulässig sein, in sämtlichen Rechtswegen für alle Rechtsstreitigkeiten nur eine Tatsacheninstanz vorzusehen, wenn in dieser Instanz lediglich ein Einzelrichter tätig wird, oder wenn das eininstanzliche Gericht nur mit juristisch nicht vorgebildeten Laienrichtern besetzt ist.⁵⁾ Die Angleichung der Verfahrensgesetze auf einer solchen Basis ist jedoch ernsterer Erwägung nicht wert. Jenseits dieser engen Grenzen aber ist ein Wegfall der Berufung verfassungsrechtlich zulässig, somit nur unter dem Gesichtspunkt der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit zu prüfen.

2. Zweckmäßigkeit

a) Allgemein

Das Verlangen nach einer Verkürzung der Rechtsmittel ist häufig erhoben worden, in jüngster Zeit vor allem für die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die anderen öffentlich-rechtlichen Verfahren.⁶⁾ Auch für die Zivilgerichtsbarkeit sind solche Forderungen aber nicht neu.⁷⁾ An Gegenstimmen hat es bei beiden

1) Man denke an das Vorverfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, den Maximegegensatz!

2) Vgl. z.B. schon BVerfGE 1, 14 ff. Leitsatz 28 des B. v. 12.10.51.

3) v. Mangoldt-Klein Art. 20 Anm. VI 2.

4) Vgl. z.B. §§ 134 I GVG, 511a ZPO; BVerfGE 4, 74 (95), U. v. 21.10.54.

5) Zu weitgehend wohl VGH Freiburg DÖV 52, 218 (220), U. v. 16.8.51.

6) Egidi DVBl. 56, 559; v. Husen DVBl. 58, 675; Meyer-Hentschel Verw. Arch. 48, 164; Nebinger DÖV 53, 627; Ule DVBl. 58, 10; Wiethaup JR 53, 132; vgl. ferner Bachof, Wehrpflichtgesetz S. 16 ff.

7) Jonas DR 41, 1331; Schiffer S. 171 ff. u. JZ 53, 3 ff; Wagner DRiZ 57, 291.

Verfahrensgruppen nicht gefehlt.¹⁾

Einigkeit dürfte darüber bestehen, daß obere Bundesgerichte als Revisionsgerichte notwendig sind, die für die Wahrung der Rechtseinheit im ganzen Bundesgebiet sorgen. Allerdings bedarf die Regelung der Revision offenbar einer Reform, die seit langem diskutiert wird²⁾ und die voraussichtlich eine wesentliche Kürzung der Prozeßdauer bewirken wird. Die Revisionsgerichte können ihre Aufgabe auch noch und sogar nur - da sie notwendig klein gehalten werden müssen - erfüllen, wenn verhältnismäßig wenige Fälle an sie herangetragen werden. Dies spricht dafür, eher die Möglichkeiten der Revision stärker einzuschränken als die der im Parteiinteresse gegebenen Berufung.³⁾

Stellt man die Frage, ob die Berufung generell in allen Verfahrensordnungen entfallen soll, so ist diese Frage weiter dahin zu präzisieren, ob damit die zweite Instanz ganz in Wegfall kommen soll, oder ob sie lediglich ihren Charakter als Tatsacheninstanz verlieren und Revisionscharakter erhalten soll.

Jede Instanz wirkt als Sieb für die folgende. Entfielen die Berufungsinstanz ganz, so müßte die oberste Revisionsinstanz so umfangreich sein, daß sie ihrer Aufgabe, die Rechtseinheit zu wahren, nicht mehr gerecht werden könnte.⁴⁾ Zwar könnte man daran denken, dann eben die Revisionsmöglichkeiten entsprechend radikal einzuschränken. Wenn es aber schon die Mittelinstanz nicht mehr gäbe, so müßte wenigstens die Revision immer zulässig sein, wenn ein wesentlicher Verfahrensmangel gerügt wird.⁵⁾ Schon dies brächte aber eine zu große Überlastung der Revisionsinstanz. Die zweite Instanz kann daher nicht völlig entbehrt werden, es muß bei dem grundsätzlich dreiinstanzlichen Aufbau und Verfahren bleiben.⁶⁾

1) Ferge JZ 53, 541; Kniesch ZLA 56, 146 ff. und NJW 60, 851 ff. Krönig DR 41, 2098; Nikisch S. 464; Sauer S. 262 ff; Schneider DR 41, 2024 ff; Seidel DRiZ 56, 144; Wieczorek § 511 Anm. G II.

2) Vgl. z. B. neuerdings Dapprich JR 60, 401 ff; ferner Grussendorf NJW 60, 10ff. und die von ihm in Fußn. 2-4 u. 7 zitierte weitere Literatur, Baur ZZP 71, 161 ff. und die in Fußn. 1 zitierte Literatur.

3) Bachof DVBl. 58, 6.

4) Bachof S. 17 u. DVBl. 58, 7; Feneberg BayVBl. 59, 309; Niedermayer NJW 59, 1899. Auch Ule, der sonst den teilweisen Wegfall der zweiten Tatsacheninstanz befürwortet, gibt das zu, DVBl. 57, 602.

5) Vgl. § 162 I Nr. 2 SGG und - wenigstens in dieser Richtung - § 135 mit § 133 VwGO.

6) Herbert Arndt DRiZ 55, 103; Coing DRiZ 56, 246; Seidel DRiZ 56, 143.

Besteht die Mittelinstanz also ohnehin weiter, so müßten schon erhebliche Gründe vorliegen, um ihr die nochmalige Überprüfung der Tatseite zu versagen, sie also in eine Revisionsinstanz umzugestalten.¹⁾

Soweit eine Überlastung²⁾ der oberen Landesgerichte besteht, kann man dies nicht nur als Argument für die Einschränkung der grundsätzlich zulässigen Berufung werten, sondern auch als Argument für eine solche Umgestaltung der Berufung, da damit Beweisaufnahmen und tatsächliches Vorbringen das Gericht nicht mehr aufhalten würden. Die Überlastung kann indessen auch auf andere Weise gesteuert werden:

So dürfte eine Rationalisierung der Rechtspflege noch möglich sein.³⁾ Dabei ist einmal gedacht an eine zweckmäßigere Handhabung der geltenden Verfahrensbestimmungen (bessere Vorbereitung der Termine, Vermeidung unnötiger Beweisaufnahmen), zum anderen an bessere technische Hilfen (gute Büchereien, Büro-rationalisierung etc.).⁴⁾

Wesentliche Erleichterungen für die Berufungsinstanz brächte die Einführung des Anwaltszwangs auch für Oberverwaltungs- und Landessozialgerichte.⁵⁾ Damit würde - wegen der drohenden höheren Kosten sowohl wie wegen der Beratung durch die Anwälte - die Einlegung aussichtsloser Berufungen verhindert. Auch im weiteren Verfahren würde den Berufungsgerichten die Arbeit erleichtert.

1) Wie etwa Feneberg BayVBl. 59, 309 für die OVGe vorschlägt, mit Vorlagepflicht zum BVerwG in bestimmten Fällen, ebenso die Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim BmDI, mitgeteilt bei von Dreising DÖV 60, 243.

2) Feneberg, BayVBl. 59, 308; Friederichs BB 56, 279; van Husen DVBl. 58, 671; Meyer-Hentschel VerwArch 48, 164; Peters-Sautter-Wolff, § 143 Anm. 4; Schäfer DVBl. 53, 170.

3) Noack DÖV 59, 210 ff und - unter Berücksichtigung der neuen VwGO - DVBl. 60, 221 ff; vgl. ferner Richter DVBl. 59, 690; Schäfer NJW 60, 1226 f.

4) van Husen DVBl. 58, 675; Schäfer NJW 60, 1226 f.

5) Für Einführung des Anwaltszwangs Bachof NJW 54, 256 ff. und DVBl. 54, 392 ff; Hamann RiA 55, 101; van Husen DVBl. 58, 675; Tittel NJW 56, 1702; Ule DVBl. 54, 320 ff. und DVBl. 58, 10; für eingeschränkten Anwaltszwang Meyer-Hentschel Verw. Arch. 48, 164. In der 2. Lesung der VwGO war der Anwaltszwang vor den OVGn im Bundestag beschlossen worden, er wurde in der 3. Lesung aber wieder gestrichen. Vgl. auch Leitsatz F 9 der Kommission des DRB für die Große Justizreform, DRiZ 59, 347.

Speziell für die Sozialgerichtsbarkeit würde eine Entlastung eintreten durch Einführung einer Gebührenpflicht.¹⁾ Dies wäre vertretbar, wenn gleichzeitig ein Armenrechtsverfahren vorgesehen würde.

Endlich ist die Überlastung der Gerichte zum Teil noch durch die Kriegsfolgen bedingt. In besonderem Maße gilt das für die Verwaltungsgerichtsbarkeit,²⁾ die vor allem durch das Lastenausgleichsrecht, das Flüchtlings- und Heimkehrerrecht, das Recht zu Art. 131 GG, das Besatzungsschädenrecht und das Recht der Wohnraumbewirtschaftung weitgehend in Anspruch genommen worden ist. In geringem Umfange gilt es auch für die Zivilgerichte, soweit sie z. B. mit Ansprüchen aus dem allgemeinen Kriegsfolgenschlußgesetz beschäftigt werden und für die Sozialgerichte, soweit diese für die Kriegsoferversorgung zuständig sind. Mit dem allmählichen Auslaufen dieser Materien wird eine weitere Entlastung der Gerichte eintreten. Es ist auch vertretbar, wenn für solche Materien vorübergehend die Berufung ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, vor allem, wenn das bei gleichzeitigem Ausbau des Vorverfahrens geschieht. Einem außergewöhnlichen Zustand wird so mit außergewöhnlichen Mitteln begegnet. Eine Tendenz zu solchem Vorgehen der gesetzgebenden Körperschaften läßt sich beobachten.³⁾ Allerdings bleibt sie leider nicht auf Kriegsfolgenmaterien beschränkt. Inwieweit diese Regelungen berechtigt sind, wird im einzelnen noch zu untersuchen sein.

Wollte man trotz der soeben aufgezeigten anderen Möglichkeiten, der Überlastung der OVG zu begegnen, die Berufungs- in eine Revisionsinstanz umgestalten, so wäre die damit erreichte - geringe - Entlastung teuer erkauft. Es wäre die Möglichkeit genommen, die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts in zweiter Instanz noch einmal zu überprüfen. Der Erstrichter kann sich aber durchaus geirrt haben; er kann wegen einer irrigen Rechtsauffassung seinen Aufklärungsbemühungen eine ganz falsche Richtung gegeben haben.⁴⁾ Es mag sein, daß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen des vorangehenden Vorverfahrens der Verwaltung der Sachverhalt i. a. mehr aufgeklärt ist,⁵⁾ trotzdem können, wie gerade das

1) Dafür Braun Soz. Vers. 55, 248; Friederichs BB 56, 279; Glosse in NJW 57, 699; dagegen Gunkel Soz. Vers. 55, 246; Naumann SGBkt 60, 131; Reuss BB 56, 662.

2) van Husen DVBl. 58, 673; nach Schröder DRiZ 58, 244 macht das Kriegsfolgenrecht etwa 75 v. H. der Tätigkeit des Bundesverwaltungsgerichts aus.

3) Vgl. z. B. die niedersächsischen Gesetze vom 21. 4. 51 (GVBl. S. 121) u. 19. 6. 56 (GVBl. S. 77) und die schleswig-holst. Gesetze v. 27. 8. 51 (GVBl. S. 131), 9. 8. 54 (GVBl. S. 119) u. 15. 7. 55 (GVBl. S. 141); jetzt § 1 Gü BB; sh. ferner Fußn. 10 auf S. 28.

4) Fäustle bei Hahn S. 509.

5) Bachof DVBl. 58, 8.

letzte Beispiel der irrigen Rechtsauffassung zeigt, Korrekturen und weitere Nachforschungen auch hier durchaus nötig sein. Insbesondere kommt es häufig, vor allem bei rechtsunkundigen und nicht durch Anwälte vertretenen Parteien, vor, daß diese sich erst durch das Urteil erster Instanz darüber klar werden, was sie noch hätten vortragen müssen.¹⁾ Das gilt wie für den Geltungsbereich der Verhandlungs-, so auch für den der Untersuchungsmaxime, da auch hier das Gericht nicht in der Lage ist, den wahren Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen,²⁾ ohne sich an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten zu halten.

Eine Beseitigung der 2. Tatsacheninstanz würde endlich das Vertrauen in die Rechtspflege schwer erschüttern.³⁾ Wenn auch die Möglichkeit der Anrufung einer zweiten Tatsacheninstanz nicht immer ausnahmslos bestand, so entspricht sie doch einer langen aus dem gemeinen Recht entspringenden Tradition,⁴⁾ die im Rechtsdenken des Volkes verwurzelt ist. Die Beseitigung der Berufungsmöglichkeit erschiene vollends unverständlich, wo doch Gerichte zweiter Instanz ohnehin - wegen ihrer Siebwirkung - bleiben müssen.⁵⁾

Freilich gibt es Fälle, in denen der Sachverhalt unstreitig und klar ist, eine zweite Tatsacheninstanz also entbehrlich wäre. Solche Fälle sind in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen des behördlichen Vorverfahrens häufiger als in der Zivilgerichtsbarkeit.⁶⁾ Wenn Schiffer behauptet,⁷⁾ daß der weitaus größte Teil aller Zivilprozeßsachen unstreitig sei, so ist das sicher unrichtig. Für einen Teil dieser Fälle mit unstreitigem Sachverhalt mag der Weg der Sprungrevision⁸⁾ eine Umgehung der Berufungsinstanz ermöglichen. Von den Schwierigkeiten, die Zulässigkeit der Sprungrevision zu regeln,⁹⁾ einmal abgesehen, sollen die

1) Bachof DVBl. 58, 8; Bericht der Reichstagskommission zum EZPO, Hahn S. 1164; Tittel NJW 56, 1702.

2) Tittel NJW 56, 1702.

3) Nikisch ZPO S. 464; Seidel DRiZ 56, 144; Wieczorek § 511 Anm. G II.

4) Wieczorek § 511 Anm. G II.

5) Für eine 2. Tatsacheninstanz auch Bachof DVBl. 58, 7; Krönig DR 41, 2098; Nikisch ZPO S. 464; Sauer S. 264; Seidel DRiZ 56, 144; Wieczorek § 511 Anm. G II.

6) Bachof S. 19 Fußn. 20; Ule DVBl. 58, 698.

7) S. 171.

8) §§ 566a ZPO; 76 ArbGG; 134 VwGO, 161 SGG.

9) Soll die im öffentlichen Interesse gegebene Sprungrevision immer zulässig sein, wenn die im Parteiinteresse gegebene Berufung zulässig ist? Soll im Fall der Sprungrevision schon das Gericht 1. Instanz, nicht wie sonst das Gericht 2. Instanz befugt sein, über die Zulässigkeit der Revision durch Zulassung zu bestimmen?

Möglichkeiten der Sprungrevision indessen gar nicht so groß sein, da auch in den unstreitigen, klaren Fällen die 2. Instanz ihre Filterwirkung zum Schutz der obersten Revisionsinstanz entfalten soll. In diesen Fällen wird die zweite Instanz ganz von selbst zur bloßen Rechtsinstanz, da der von der ersten Instanz festgestellte Sachverhalt klar ist, weiterer Aufklärung nicht mehr bedarf und nicht bestritten wird. Daß die zweite Instanz an sich Tatsacheninstanz ist, führt also hier nicht zu einer Prozeßverlängerung. Es ist dann aber nicht einzusehen, warum für die vielen anderen Fälle, in denen der Sachverhalt streitig ist und weiterer Aufklärung bedarf, im Interesse der Parteien der Tatsachencharakter der zweiten Instanz nicht erhalten bleiben soll.

Speziell für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist manchmal der Vorschlag gemacht worden,¹⁾ daß es nur noch eine einzige Tatsacheninstanz geben soll und daß darüber die Oberverwaltungsgerichte als Revisionsgerichte bei landesrechtlichen Materien, das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsgericht bei bundesrechtlichen Materien jeweils in letzter Instanz tätig werden sollen. Gegen diesen Vorschlag sprechen einmal alle angeführten Argumente gegen den Fortfall der Mittelinstanz überhaupt und der zweiten Tatsacheninstanz insbesondere. Seiner Durchführung erwachsen aus der Gemengelage von Bundesrecht und Landesrecht überdies Schwierigkeiten.²⁾

Ule³⁾ hat noch vorgeschlagen, in einem enumerativ festzulegenden Kreis rein bundesrechtlicher Streitigkeiten, in denen ein förmliches Verwaltungsverfahren stattfindet, unter Ausschluß der Berufung gleich die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zuzulassen, es aber für die übrigen Streitigkeiten bei der Möglichkeit der Berufung zu den Oberverwaltungsgerichten zu belassen. Soweit hiernach die 2. Tatsacheninstanz ganz entfallen soll, gelten wieder die schon bekannten Argumente.⁴⁾ Das unerfreuliche Ergebnis dieses Vorschlags wäre weiter, daß in den rein bundesrechtlichen Streitigkeiten, denen ein förmliches Verwaltungsverfahren vorhergeht, nur eine Tatsacheninstanz besteht, während in den anderen Fällen zwei Tatsacheninstanzen zur Verfügung stehen. Auch dieser Vorschlag ist daher abzulehnen.⁵⁾

1) van Husen DVBl. 58, 676; Meyer-Hentschel Verw. Arch. 48, 164; Niedermayer NJW 59, 1899.

2) Bachof S. 17; Ule DVBl. 57, 603; bedenklich daher auch § 145 VwGO.

3) DVBl. 57, 603; ihm beipflichtend Spanner DÖV 58, 655.

4) Daß Berufungswegfall nicht mit förmli. Vorverfahren zu rechtfertigen ist, sh. u. b bb, S. 37 ff.

5) Ebenso Bachof DVBl. 58, 8.

Die Überlegungen haben gezeigt, daß schwerwiegende Gründe gegen eine generelle Abschaffung der zweiten Instanz, sei es überhaupt, sei es als Tatsacheninstanz, sprechen. Freilich wird nicht verkannt, daß die Einschlebung dieser Instanz die Prozesse einmal verteuern, zum anderen verzögern kann, damit rechtliche Verhältnisse länger in der Schwebe halten und so die Rechtssicherheit zeitweise beeinträchtigen kann. Das Problem der zweiten Instanz mündet so letztlich in den Widerspruch zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit.¹⁾ Die Beeinträchtigung von Rechtssicherheit und -friede durch Einschlebung der zweiten Tatsacheninstanz ist indessen nicht so schwerwiegend, daß sie - auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit - einen Wegfall dieser Instanz rechtfertigen würde. Dies gilt umso mehr, als auch bei Streichung der Berufung die Unzufriedenheit des in erster Instanz Unterlegenen über die Unanfechtbarkeit der Entscheidung - zumindest in einer neuen Tatsacheninstanz - den Rechtsfrieden gefährden würde.

b) Es bleibt noch zu untersuchen, ob zwei dem Verwaltungsgerichtsprozeß eigene Besonderheiten die Frage der Notwendigkeit der Berufung beeinflussen: die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und das behördliche Vorverfahren.

aa) Es wurde schon herausgestellt,²⁾ daß die praktischen Auswirkungen des Gegensatzes zwischen Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz gering sind. Man kann bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes kaum eine größere Zuverlässigkeit in Umfang und Intensität der Sachaufklärung erwarten. Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ist also kein taugliches Argument gegen eine zweite Tatsacheninstanz in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand. Sie fordert theoretisch sogar fast noch mehr die zweite Tatsacheninstanz als die Verhandlungsmaxime. Wenn nämlich unter der Geltung der letzteren die Stoffbeibringung unvollständig bleibt, so trifft die Verantwortung dafür vor allem die Parteien,³⁾ während bei der Untersuchungsmaxime das Gericht für die genügende Stoffbeibringung verantwortlich ist und man dessen Fehler nicht die Parteien durch Versagung der zweiten Tatsacheninstanz ausbaden lassen darf. Entscheidende Argumente für oder gegen die zweite Tatsacheninstanz in einer der beiden Verfahrensgruppen lassen sich im Ergebnis aus dem Maximegegensatz nicht herleiten.

bb) Dem Verfahren vor den allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichten geht in Anfechtungssachen regelmäßig ein behördliches Vorverfahren vor-

1) Ebenso Sauer S. 263; auch Schäffer NJW 60, 1228.

2) oben 1. Abschn. C III 2 c, S. 18.

3) Wegen § 139 ZPO freilich zum Teil auch das Gericht.

aus, in dem der Verwaltungsakt bereits einer Nachprüfung unterzogen wird.¹⁾ Es läßt sich ganz generell in letzter Zeit eine Tendenz zum Ausbau des behördlichen Vorverfahrens, zu seiner genaueren Normierung und Annäherung an das Gerichtsverfahren erkennen; in wachsendem Maße werden dabei Ausschüsse, Kommissionen, Beiräte und ähnliche Kollegien eingesetzt.²⁾ Diese stark vermehrte Mitwirkung von Ausschüssen in der Verwaltung ist nicht auf die Bundesrepublik beschränkt, vielmehr ein internationales Phänomen.³⁾ Die entsprechenden Gremien sind unterschiedlich zusammengesetzt, sie sind teils weisungsgebunden, teils auch weisungsfrei.⁴⁾ Die Tendenz zu ihrer verstärkten Heranziehung mag, soweit die Ausschüsse auch Verwaltungsakte in erster Instanz erlassen, zu erklären sein aus dem Bestreben nach präventiver Verwaltungskontrolle,⁵⁾ im übrigen aus einem allgemeinen Demokratisierungsbestreben, sowie deshalb, um Sachverständige und Interessenrepräsentanten in die Verwaltung zu ziehen und damit das Vertrauen zur Verwaltung zu stärken.⁶⁾ Die aufgezeigte Tendenz gewinnt für das behandelte Thema besonderes Interesse, weil mit dem Ausbau des Verwaltungsverfahrens und seiner Annäherung an das gerichtliche Verfahren, u. a. durch Einschaltung von Ausschüssen, neuerdings in einigen Fällen eine Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes, vor allem ein Entfallen der Berufungsinstanz, gerechtfertigt werden soll.⁷⁾⁸⁾ Fragt man, ob dies zu Recht geschieht, so muß man zuerst die Frage beantworten, ob denn überhaupt ein Zusammenhang und eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen Verwaltungsvorverfahren und Gerichtsverfahren besteht. Ein solcher Zusammenhang kann nicht geleugnet werden, wird auch allgemein anerkannt.⁹⁾ Denn je besser das Verwaltungsverfahren geregelt und

1) Vgl. §§ 68 ff. VwGO, 46 ff. EFGO, 78 ff. SGG.

2) dazu Bachof AöR 83, 209; Haas VerwArch. 49, 14 ff; Haueisen NJW 58, 443 ff. Vgl. § 73 II VwGO.

3) Vgl. dazu Christensen VerwArch. 49, 312 ff; Landron VerwArch. 49, 297 ff.

4) z. B. die Beschwerdeausschüsse nach den §§ 310, 336, 337 LAG, aufrechterhalten durch § 190 I VwGO. Weitere Literaturhinweise bei Haueisen NJW 58, 443 Fußn. 33.

5) so Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 47.

6) Christensen Verw. Arch. 49, 317 ff; Landron Verw. Arch. 49, 297 ff.

7) Beispiele bieten das LAG (§ 339 III), das WPflG (§ 34 I) und das KgfEG (§ 23 III), deren Regelung nach §§ 190 I Nr. 1, 7; 192 VwGO durch die VwGO nicht berührt wird.

8) Vgl. dazu vor allem Bachof: Wehrpflichtgesetz, und DVBl. 58, 6 ff; Ule DVBl. 57, 326; 57, 597 ff und 58, 9 f.

9) Bachof DVBl. 58, 7; Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 43; Hahnenfeld NJW 58, 2003; Hauck NJW 58, 330; Haueisen DVBl. 58, 774; Spanner DÖV 58, 652; Timm DVBl. 58, 814; Ule DVBl. 57, 326; 57, 597; 58, 9 ff; 58, 694.

ausgebaut ist und je befähigter die Gremien sind, die in seinem Verlaufe tätig werden, umso gründlicher wird die Aufklärung des Sachverhalts sein, umso eher wird die rechtliche Problematik erkannt und gelöst werden.

Die weitere Frage ist,¹⁾ ob eine Austauschbarkeit in dem Sinne besteht, daß ein Ausbau des Vorverfahrens die Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes rechtfertigt und worauf der Schwerpunkt verlegt werden soll. Schon angesichts der betonten Entscheidung des Grundgesetzes für die Rechtsstaatlichkeit kann die Beantwortung dieser Frage nicht schwerfallen: Der Schwerpunkt ist auf den gerichtlichen Rechtsschutz zu legen.³⁾ Dafür spricht auch der praktische Gesichtspunkt, daß die Gerichte weitergehende Möglichkeiten bei der Vernehmung von Parteien und Zeugen, notfalls unter Eid, haben, als die Verwaltungsbehörden. Die unabhängigen Ausschüsse in der Verwaltung verwischen im übrigen auch die Grenzen zwischen den Gewalten⁴⁾ und durchbrechen den sonst klaren hierarchischen Aufbau der Verwaltung, für die sie daher ein Fremdkörper sind.^{5) 6)} Während sich sonst einzelner und Verwaltung gegenüberstehen, schiebt sich nun noch zwischen beide der Ausschuß, zwar der Verwaltung zugehörig, dennoch in seinen Entscheidungen von deren Behörden nicht zu beeinflussen. Der Verwaltungsakt erhält also seine letzte Gestalt nicht von der berufenen Fachverwaltung, sondern von einem weisungsfreien Gremium, das vielleicht obendrein mit fachkundigen Mitgliedern besetzt ist.⁷⁾ Das führt zu der unerfreulichen prozessualen Konsequenz, daß die Behörde, die den ursprünglichen Verwaltungsakt erlassen hat, das Recht haben muß, den abändernden Verwaltungsakt des Ausschusses anzufechten, selbst auf die Gefahr hin, daß dadurch ein Insichprozeß entstehen sollte.⁸⁾ Der Anfechtungsprozeß wird dadurch umgestaltet. Nicht mehr greift der Be-

1) Bachof DVBl. 58, 7; Ule DVBl. 57, 601.

2) Vgl. u. a. Art. 20 und 28 GG.

3) Ebenso Bachof S. 26, 51; a. A. offenbar Ule DVBl. 57, 601; auch Hahnenfeld NJW 58, 2003. Gegen die Justizverförmlichung des Verwaltungsverfahrens und den Ausbau des Vorverfahrens auch Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 42 und Kniesch NJW 60, 851 f.

4) Vgl. in dieser Richtung auch Kniesch NJW 60, 851 f.

5) Christensen VerwArch. 58, 321.

6) Ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip liegt deshalb noch nicht vor, die Ausschüsse entscheiden ja nicht endgültig an Stelle von Gerichten. Bachof, S. 47ff; Bedenken hat Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 46.

7) Timm DVBl. 58, 815.

8) Haueisen NJW 58, 443.

troffene alleine an, die Behörde verteidigt, sondern es kann die Lage entstehen, daß Betroffener und Behörde gemeinsam den vom Ausschuß erlassenen Verwaltungsakt bekämpfen, wenn auch mit verschiedenen Zielen.

Ein weiteres Bedenken gegen die Verlagerung des Rechtsschutzes vom Gericht auf die Verwaltung ist, daß die Verwaltung mit dem Vordringen des Fachbeamten und der Zurückdrängung des Juristen dieser Aufgabe immer weniger gewachsen ist,¹⁾ besonders, wenn Reuß²⁾ damit Recht hat, daß der Typ des deutschen Verwaltungsbeamten in der Regel einen Überschuß an Aktivität über den Intellekt habe. Schließlich muß wieder auf das schon häufiger gebrauchte Argument hingewiesen werden, daß die zweite Instanz als Filter für die dritte Revisionsinstanz doch nicht entbehrt werden kann, denn auch ein Ausbau des Verwaltungsverfahrens würde die verwaltungsgerichtlichen Prozesse kaum in entscheidendem Maße vermindern.

Nach all dem kann mit dem Ausbau des Verwaltungsverfahrens das Entfallen der Berufungsinstanz in der Regel nicht begründet werden.³⁾

Damit soll aber doch nicht einem völligen Wegfall des Vorverfahrens das Wort geredet werden. Ein Vorverfahren als obligatorische Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage ist verfassungsrechtlich zulässig.⁴⁾ Es hat einmal den Vorteil, daß es die Verwaltungsgerichte vor einer Überflutung abschirmt,⁵⁾ ferner den, daß in ihm auch eine Nachprüfung des Ermessens möglich ist.⁶⁾ Insoweit macht auch eine ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit das Vorverfahren nicht überflüssig.⁶⁾ Hier, bei der Ermessenskontrolle, haben auch sachverständige Gremien mit beratender Funktion einen legitimen Platz.⁷⁾ Das Vorverfahren sollte eininstanzlich, einfach sein und möglichst einheitlich⁸⁾ geregelt werden.

1) Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 44; Reuß DÖV 58, 658.

2) DÖV 58, 657.

3) Bachof S. 26, 51; Reuß DÖV 58, 659; anscheinend auch Timm DVBl. 58, 814; a. A. offenbar Hahnenfeld NJW 58, 2003; Hauck NJW 58, 330; van Husen DVBl. 58, 675; Ule DVBl. 57, 597 ff; DVBl. 58, 10.

4) Richtig Clasen NJW 58, 861 ff, Ule DVBl. 59, 539, Ule VwGO, § 68 Anm. I; i. Ggs. zu Kniesch NJW 58, 576 ff. Insbesondere verlangt Art. 19 IV GG nur, daß letztlich ein Gericht angerufen werden kann.

5) Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 45; Haueisen DVBl. 58, 774; van Husen DVBl. 58, 675.

6) Bettermann DÖV 58, 931 Nr. 45.

7) Haueisen DVBl. 58, 774.

8) etwa im Sinne der §§ 68 ff. VwGO.

Im Ergebnis wäre festzuhalten, daß ein einfaches Vorverfahren weiterhin empfohlen wird und daß das Vorverfahren nicht als Argument gegen die zweite Tatsacheninstanz zu brauchen ist. Allgemein ist die Tendenz, das Vorverfahren unter gleichzeitiger Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes auszubauen, eine Fehlentwicklung.

c) Die Untersuchungen haben bisher ergeben, daß eine Angleichung der Regelungen über die Statthaftigkeit der Berufung nicht darin gefunden werden kann, die Berufung generell entfallen zu lassen.

II. Allgemeine Einführung der Berufung.

Es fragt sich, ob eine Angleichung in der Weise ermöglicht werden kann, daß die Berufung in allen Verfahren grundsätzlich statthaft ist. Damit soll noch nicht gesagt werden, daß sie dann ausnahmslos gegen jedes Urteil erster Instanz eingelegt werden können soll. Einschränkungen werden sich auch bei grundsätzlicher Statthaftigkeit der Berufung zum Schutz der Berufungsgerichte vor Überlastung nicht umgehen lassen.

1. EFGO

Der EFGO sieht eine Berufungsinstanz überhaupt nicht vor. Er kennt nur Finanzgerichte und als Revisionsgericht den Bundesfinanzhof. Es fragt sich, ob diese Abweichung vom sonst dreistufigen Aufbau¹⁾ durch Eigenheiten der Finanzgerichtsbarkeit gerechtfertigt wird oder ob durch Einführung einer weiteren Instanz in der Finanzgerichtsbarkeit eine Angleichung an die anderen Verfahren möglich ist. Im Schrifttum wird die dreistufige Finanzgerichtsbarkeit ebenso entschieden gefordert²⁾ wie abgelehnt.³⁾ Dabei ist von vornherein zu beachten,⁴⁾ daß die Eingriffe der Finanzverwaltung für die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse des einzelnen Staatsbürgers von außerordentli-

1) in der Zivilgerichtsbarkeit mit Ausnahme der Amtsgerichtssachen.

2) Birkholz DRiZ 56, 10 ff; Brockhoff FR 58, 450 ff; FR 59, 51 f;

Bund der Steuerzahler, mitgeteilt von Herting AnwBl. 54, 59 ff;
Falkenberg StW 55, 290 ff; Kaatz DStZ 57, 43; Oswald StW 54, 684 ff;
Röhl FR 59, 52; Spitaler FR 54, 49; Timm DVBl. 58, 815; Tipke DÖV 59,
333 ff; Vereinigung der Finanzrichter Wpg. 54, 62; Weissensee StW 54,
378 ff; StW 55, 490 ff; FR 57, 194 ff.

3) Bühler S. 18; Homann FR 57, 265; Hartung BB 54, 201; StW 55, 502;
StW 57, 242; Maaßen FR 55, 346; Naumann DÖV 58, 191; Wittneben
StbJb. 1949, 254; Ziemer FR 58, 502 ff; DÖV 59, 336 ff.

4) Vgl. o. 1. Abschn. C III 2 d, S. 20.

cher Bedeutung sind.¹⁾ Es müssen daher schon besondere Umstände vorliegen, welche die Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes vertretbar machen. Die Begründung zum EFGO führt für die Zweistufigkeit verschiedene Gründe an:

a) Die Tatsachenfeststellung sei bei Steuersachen im allgemeinen weniger umstritten als in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. - Diese Behauptung muß in Übereinstimmung mit einer Reihe von Praktikern der Finanzgerichtsbarkeit³⁾ stark bezweifelt werden. Das Finanzamt kommt angesichts der von ihm zu leistenden Massenarbeit kaum dazu, sich der Ermittlung des Sachverhalts näher zu widmen, das gleiche gilt in dem häufig summarischen Verfahren. Gerade in Steuersachen ist aber die richtige Aufklärung des Sachverhalts nicht einfach. Dies ist zurückzuführen einmal auf die Kompliziertheit der sich überdies noch ständig ändernden Steuergesetze und Richtlinien, was Rechtsirrtümer und damit meist Fehler in der Sachaufklärung mit sich bringt, zum anderen auf die Undurchsichtigkeit der zu beurteilenden wirtschaftlichen Vorgänge und Verhältnisse.

b) Die Finanzverwaltungsbehörden stünden dem Bürger weniger als die Behörden der sonstigen Verwaltungszweige als Partei gegenüber. Für eine Anwendung eines Ermessens bleibe bei der Festsetzung der Steuer ein im Verhältnis zu anderen Verwaltungsbehörden nur geringer Raum. - Das letztere ist richtig. Inwiefern dies aber Einfluß auf die "Partei"-Stellung der Behörde haben soll, ist nicht ersichtlich.⁴⁾ Auch die Behörden mit mehr Ermessensspielraum dürfen von ihrem Ermessen nur einen fehlerfreien und pflichtgemäßen Gebrauch machen. Im übrigen sieht subjektiv der Staatsbürger wohl keine Behörden so sehr als Partei an als die der Finanzverwaltung.⁵⁾

c) Die Finanzverwaltungsbehörden hätten schon nach materiellem Steuerrecht die Tatsachen nicht nur zu Ungunsten, sondern auch zu Gunsten des Steuerpflichtigen zu berücksichtigen. - Hierin unterscheiden sich die Behörden der Finanz nicht von anderen. Ein taugliches Argument gegen eine zweite Tatsacheninstanz in der Finanzgerichtsbarkeit ist dies nicht.⁶⁾

1) Birkholz DRiZ 56, 10; Bühler S. 6 ff; Timm DVBl. 58, 815; Tipke DÖV 59, 335 ff; Vereinigg. der Finanzrichter bei Herting AnwBl. 54, 58.

2) BT-Drucksache 127, 3. Wahlperiode, S. 29 ff.

3) Brockhoff FR 58, 450; FR 59, 51; Timm DVBl. 58, 815; Tipke DÖV 59, 334; Weisensee StW 55, 492.

4) Tipke DÖV 59, 334; Weisensee StW 55, 492.

5) Brockhoff FR 58, 451.

6) Weisensee StW 55, 493.

d) Die Entscheidung im Einspruchsverfahren, das in den meisten und wichtigsten Fällen als außergerichtliches Vorverfahren eingeordnet sei, habe bereits den Charakter einer echten Vorentscheidung, - damit in wiederholtes Verhältnis Vorverfahren - Gerichtsbarkeit angesehen auf das oben allgemein Gesagte¹⁾ verwiesen werden. Das Einspruchsverfahren vor den Steuerausschüssen²⁾ rechtfertigt den Wegfall der zweiten Tatsacheninstanz in besonderem Maße nicht.³⁾ Die Steuerausschüsse haben ihren Zweck, eine wirksame Beteiligung des Laienelements an der Steuerverwaltung, verleiht. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die in den Ausschüssen vertretenen Laien, ohne Kenntnis des Steuerrechts und meist in Unkenntnis des Sachverhalts, den vorbereiteten Entscheidungen des Finanzamtsvorstehers, der in den Ausschüssen den Vorsitz führt, in aller Regel rückhaltlos zustimmen.⁴⁾ Der Finanzamtsvorsteher ist dabei überdies selbst in den Ausschüssen an die Steuer Richtlinien, also Verwaltungsverordnungen, gebunden,⁵⁾ so daß er nicht frei nach seiner Auffassung vom Gesetz entscheiden kann.

e) Im übrigen sei auch der Rechtsweg der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den meisten Fällen praktisch auf zwei Instanzen beschränkt, da die Revision an das Bundesverwaltungsgericht nur darauf gestützt werden könne, daß Bundesrecht verletzt sei.⁶⁾ - Diese Argumentation verkennet, daß dort, selbst wenn die Revision nicht gegeben ist, im Gegensatz zur Finanzgerichtsbarkeit doch immer noch zwei Tatsacheninstanzen gegeben sind. Die Finanzgerichtsbarkeit hat, wenn die Revision zulässig ist, nur eine Tatsacheninstanz; wenn sie nach § 92 EFGO wegen zu geringen Streitwerts und mangels Zulassung unzulässig ist, überhaupt nur eine Instanz.

f) Endlich würde die Einführung einer weiteren Instanz das finanzgerichtliche Verfahren über Gebühr verteuern, komplizieren und verlängern.⁷⁾ Auch personalmäßig würden sich große Schwierigkeiten ergeben, - Diese Bedenken gegen die Berufungsinstanz sind ernst zu nehmen. Während in der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit in aller Regel einmalige, sich nicht periodisch

1) Unter I 2 b bb, S. 37 ff.

2) nach §§ 23-33 des Finanzverwaltungsgesetzes vom 6.9.50, BGBl. I 448.

3) Brockhoff FR 58, 451; Oswald StW 54, 690; Timm DVBl. 53, 314 ff;

Tipke DÖV 59, 334 ff; Weisensee StW 55, 493.

4) Bühler S. 18; Oswald StW 54, 690; Timm DVBl. 53, 315 mit weiteren Nach-

weisen. 5) Brockhoff FR 58, 451.

6) Ebenso Hartung StW 55, 502; Ziemer FR 58, 503.

7) Ähnliche Befürchtungen hegen Hartung StW 55, 502; 57, 242; Hoffmann

StW 57, 84; Johanssen StW 54, 287ff; Maaßen FR 55, 346; Ziemer DÖV 59, 339.

wiederholende Verwaltungsakte ergehen, setzt sich das steuerliche Rechtsverhältnis bei den in erster Linie in Betracht kommenden Veranlagungssteuern von Jahr zu Jahr kontinuierlich fort.¹⁾ Die Steuerbescheide fußen zum größten Teil auf den Ergebnissen der vergangenen Jahre. Finanzverwaltung und Steuerpflichtiger, der bei seinen wirtschaftlichen Dispositionen steuerliche Gesichtspunkte berücksichtigen will, haben daher großes Interesse daran, daß Streitig gebliebene steuerliche Fragen möglichst schnell abschließend geklärt werden.²⁾ Die Dreistufigkeit des Instanzenzugs³⁾ muß indessen eine Verlängerung der sich schon jetzt lange hinziehenden³⁾ Prozesse nicht bewirken. Die lange Prozeßdauer beruht z. Zt. weitgehend auf der Überlastung des BFH.⁴⁾ Durch Einführung einer Berufungsinstanz würde der BFH so entlastet, daß die drei Instanzen wahrscheinlich ebenso schnell durchlaufen werden könnten wie jetzt zwei. Zudem ist anzunehmen, daß der Rechtsstreit durchaus nicht in allen Sachen bis zum BFH getrieben würde, in denen dieser jetzt angerufen wird. Denn wenn jetzt der BFH angerufen wird, so häufig nicht, weil man eine Entscheidung des höchsten Revisionsgerichts will, sondern einfach deshalb, weil die Rechtsbeschwerde zum BFH das einzige Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Entscheidung ist. Gäbe es eine Berufungsinstanz, würde man sich mit deren Entscheidung begnügen. Zu einer weiteren Verkürzung käme es dadurch, daß Zurückverweisungen durch den BFH wegen mangelhafter Sachaufklärung bei zwei Tatsacheninstanzen nur noch selten erforderlich wären.⁵⁾ Der Einlegung mutwilliger Rechtsmittel endlich könnten die Finanzämter dadurch steuern, daß sie in solchen Fällen die Aussetzung der Vollziehung gemäß § 152 AO nicht gewährten.

Es soll nicht verkannt werden, daß in der Finanzgerichtsbarkeit der Konflikt zwischen dem Bedürfnis nach einer möglichst schnellen und dem nach einer möglichst gerechten Entscheidung besonders in Erscheinung tritt, dies rechtfertigt aber angesichts der Bedeutung des Steuereingriffs nicht den Verzicht auf die Berufungsinstanz.

1) Ziemer FR 58, 502; DÖV 59, 337.

2) Vereinigung der Finanzrichter, bei Herting AnwBl. 54, 58;
Steuerrechtsausschuß des Dt. AnwVereins, bei Herting AnwBl. 54, 61;
Ziemer FR 58, 502 ff.

3) Bund der Steuerzahler, bei Herting AnwBl. 54, 59; Hartung StW 55, 499 ff.

4) Bühler S. 5; Bund der Steuerzahler, bei Herting AnwBl. 54, 59.

5) Brockhoff FR 58, 452.

Es fragt sich dann nur noch, auf welche Weise der freistufige Aufbau in der Finanzgerichtsbarkeit erreicht werden soll. Häufig wird vorgeschlagen,¹⁾ unter den jetzigen Finanzgerichten untere Finanzgerichte neu zu schaffen, teils bei gleichzeitigem Wegfall des Einspruchsverfahrens, teils mit seiner Beibehaltung; mit einem Einzelrichter oder mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Beisitzern. Gegen diesen Vorschlag, der wohl auf die Errichtung eines unteren Finanzgerichts für jeden Finanzamtsbezirk hinauslaufen soll, spricht, daß eine derartige Vermehrung der Finanzgerichte, die an Zahl die Verwaltungs- und Sozialgerichte dann bei weitem übertreffen würden, nicht erforderlich ist. Überdies würden sich dabei auch personalmäßige Schwierigkeiten einstellen. Zuzustimmen ist daher dem Vorschlag Falkenbergs²⁾ und Röhl's,³⁾ zwischen den jetzigen Finanzgerichten und dem Bundesfinanzhof Oberfinanzgerichte neu zu errichten. Damit würde die Finanzgerichtsbarkeit dem Standard der Verwaltungsgerichtsbarkeit angepaßt. Personalmäßige Schwierigkeiten dürften sich wegen der wenigen neu zu schaffenden Obergerichte nicht einstellen. Zu erwägen wäre daneben noch, die Kammern der Finanzgerichte in Zukunft mit drei hauptamtlichen und zwei ehrenamtlichen Richtern zu besetzen,⁴⁾ statt wie bisher mit drei ehrenamtlichen und zwei hauptamtlichen.

Trotz des dreistufigen Aufbaus der Finanzgerichtsbarkeit bedürfte es auch weiterhin eines Vorverfahrens in der Verwaltung, in dem ein Großteil der bei der Massenveranlagung nicht zufriedenstellend geregelten Fälle erledigt werden könnte.⁵⁾ Die Finanzgerichte würden andernfalls von Klagen überschwemmt.⁶⁾ Die Steuerausschüsse, die sich nicht bewährt haben,⁷⁾ sollte man dabei abschaffen, womit zugleich das umstrittene⁸⁾ Klagerecht des Finanzamtsvor-

1) Birkholz DRiZ 56, 10 ff; Brockhoff FR 58, 451; FR 59, 51; Oswald StW 54, 690 ff; Spitaler FR 54, 49; Vereinigung der Finanzrichter Wpg. 54, 62; Weisensee DStZ 54, 173 ff; StW 54, 378 ff.

2) StW 55, 290 ff.

3) FR 59, 52.

4) So Birkholz DRiZ 56, 10 ff.

5) Brockhoff FR 58, 452; Oswald StW 54, 691; Vereinigung der Finanzrichter Wpg. 54, 62; Weisensee StW 54, 379. A. A. Bund der Steuerzahler, bei Herting AnwBl. 54, 59 ff.

6) Zahlen über Veranlagt. und Rechtsbehelfe bei Bühler StbJb. 55/56, 21; Oswald StW 54, 691; Timm DVBl. 58, 814; Zierner FR 58, 503; DÖV 59, 338.

7) Sh. o. unter d S. 43 .

8) Vgl. Naumann DÖV 53, 538; Zierner DStZ 54, 157.

stehers entfallen würde. Stattdessen sollte man einheitlich den Widerspruch zur OFD einführen,¹⁾ mit dem Recht des Finanzamts, dem Widerspruch²⁾ abzu- helfen und sich nach § 94 AO zu einigen. Den berechtigten Bedenken³⁾ gegen das Einspruchsverfahren wäre damit Rechnung getragen.

2. Die Berufung wird ferner ausgeschlossen in einer Reihe von Nebengesetzen.

a) Das inzwischen vom Bundesbaugesetz³⁾ abgelöste⁴⁾ Baulandbeschaffungs- gesetz⁵⁾ brachte, um die in Enteignungssachen aus Art. 14 III 4 GG folgende Zweispurigkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes zu vermeiden, die Zwitter der Baulandkammern und -senate, die mit Richtern der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit besetzt sind. Diese vielfach angezweifelte⁶⁾ Rege- lung war zwar verfassungsrechtlich zulässig,⁷⁾ besser wäre aber gewesen, im Wege einer Grundgesetzänderung⁸⁾ auch den ohnehin öffentlich-rechtlichen Streit über die Höhe der Entschädigung den Verwaltungsgerichten zuzuweisen und den Rechtsschutz in Baulandsachen so bei den Verwaltungsgerichten zu konzentrieren.⁹⁾ Der Gesetzgeber hat indessen bei der Schaffung des BBauG nicht nur die Eingleisigkeit der gerichtlichen Nachprüfung im bisherigen Maße beibehalten, sondern darüberhinaus in bedeutsamer Weise ausgedehnt.¹⁰⁾

Dagegen hat das BBauG das ungewöhnliche Rechtsmittelsystem des BLBeschG¹¹⁾ beseitigt.¹²⁾ Das BLBeschG sah gegen die Endurteile der Landgerichte die Revi- sion zu den Baulandsenaten der Oberlandesgerichte vor, die bei grundsätzlicher

1) für Einspruchsverfahren dagegen Naumann JZ 53, 100.

2) Bühler S. 18, der allerdings mit Einführung eines Laienvorsitzenden für den Steuerausschuß einen nicht begrüßenswerten Ausweg vor- schlägt.

3) vom 23. 6. 1960, BGBl. I 341.

4) §§ 186 I Nr. 20, 189 I BBauG.

5) vom 3. 8. 1953, BGBl. I 720.

6) Vgl. die Angaben bei Dittus-Zinkahn Einl. S. 43.

7) BVerfGE 4, 387 ff, B. v. 23. 2. 56.

8) wie es das Bundeswohnungsbauministerium bereits vorgesehen hatte, Dittus-Zinkahn Einleitung S. 43.

9) Ebenso Dittus-Zinkahn Einleitung S. 43; Forsthoff 5. Aufl., Anm. 3 auf S. 267.

10) §§ 157 I, 160 ff BBauG; vgl. auch Dittus DVBl. 60, 541; Zinkahn DÖV 60, 619.

11) § 43

12) §§ 169, 170 BBauG.

Bedeutung und bei beabsichtigter Abweichung von einer obergerichtlichen Entscheidung dem BGH vorzulegen hatten. Auch diese Regelung war zwar verfassungsrechtlich zulässig.¹⁾ doch entbehrte ihre Besonderheit der sachlichen Begründung. Da die Obergerichte doch mit den Baulandsachen befaßt wurden, war es nicht sinnvoll, ihnen ihre Eigenschaft als Berufungsgerichte zu nehmen. Zu Recht hat das BBauG daher jetzt die Berufung zu den Baulandsenaten der Oberlandesgerichte eingeführt, gegen deren Entscheidung die Revision zum BGH möglich ist.²⁾ Soweit sich Korrekturen des Sachverhalts in einer zweiten Gerichtsinstanz noch als nötig erweisen, ist nunmehr geholfen, in den übrigen Fällen bringt der Tatsachencharakter der zweiten Instanz keine Nachteile.

b) Eine Rechtsmittelregelung eigener Art³⁾ bringt das Flurbereinigungsgesetz.⁴⁾ Nach einer obligatorischen Beschwerde gegen die Entscheidung der Flurbereinigungsbehörde zur oberen Flurbereinigungsbehörde⁵⁾ sieht es die Klage zu dem beim obersten⁶⁾ Verwaltungsgericht des Landes zu errichtenden Flurbereinigungsgericht⁷⁾ vor,⁸⁾ das in der Besetzung von zwei Richtern und drei Beisitzern entscheidet.

Gegen⁹⁾ dessen Urteil ist die Revision nach den allgemeinen Vorschriften gegeben. Dem Bundesrevisionsgericht ist also auch hier nur eine Instanz - mit Tatsachencharakter - vorgespannt. Einer zweiten voranzustellenden Instanz dürfte als Sieb für das Bundesgericht nur geringe Bedeutung zukommen, da Flurbereinigungssachen in Zukunft voraussichtlich schon wegen der damit verbundenen großen Schwierigkeiten und Hemmnisse nicht allzu häufig sein werden. Es fragt sich, ob das Erfordernis möglichst umfassender Sachaufklärung das Verlangen nach einer zweiten Tatsacheninstanz rechtfertigt. Eine Besonderheit des Flurbereinigungsverfahrens ist dabei noch zu beachten. Den Verwaltungsgerichten steht bei normaler Verfahrensregelung lediglich eine Kassationsbefugnis zu. Durch bloße Aufhebung eines Flurbereinigungsplanes

1) BVerfGE 4, 387 ff (410 ff), B. v. 23.2.56; Dittus-Zinkahn § 43

Anm. 1.

2) §§ 169, 170 BBauG.

3) die nach § 190 I Nr. 4 VwGO durch die VwGO unberührt geblieben ist.

4) vom 14.7.1953, BGBl. I 591.

5) § 141 I FlurbG.

6) § 138 FlurbG.

7) § 140 FlurbG.

8) § 139 I FlurbG.

9) Steuer § 138 Anm. 3.

zugunsten des Klägers gerieten die Rechtsverhältnisse indessen in Verwirrung, da die dem Kläger Recht gebende Entscheidung keine Möglichkeit des Eingriffs in die Abfindung eines nicht klagenden dritten Teilnehmers böte. Es zeigt sich hier die Begrenzung des allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zur Gestaltung von Gesamtverhältnissen, bei denen die Rechtsansprüche aller Teilnehmer so ineinander verwoben sind, daß die Änderung zugunsten eines einzelnen nicht erfolgen kann, ohne in die Abfindung anderer Teilnehmer einzugreifen.¹⁾ Um hier Abhilfe zu schaffen, hat unter Verwischung des Gewaltenteilungsprinzips das Flurbereinigungsgericht²⁾ das Recht, den Verwaltungsakt auch zu ändern,²⁾ prüft es in manchen Fällen³⁾ auch die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung durch die Flurbereinigungsbehörde. Diese besonderen Aufgaben des Gerichts setzen auch eine besondere Sachkenntnis seiner Mitglieder voraus, welchem Erfordernis § 139 II und III Rechnung tragen will. Personen, welche die dort gestellten Voraussetzungen (Befähigung zum höheren Dienst der Flurbereinigungsbehörden, dreijährige Tätigkeit in Flurbereinigungsangelegenheiten) erfüllen, werden so sehr häufig nicht zu finden sein, so daß es schwierig wäre, auch eine größere Zahl von Verwaltungsgerichten entsprechend zu besetzen. Unter diesen Umständen ist es vertretbar, dem Bundesverwaltungsgericht nur eine Instanz vorzuschalten. Diese Instanz sollte aber, damit möglichst große Garantien für die Richtigkeit der Entscheidung gegeben sind, neben den ehrenamtlichen Beisitzern mit ebensovielen hauptamtlichen Richtern besetzt sein wie der Senat des OVG auch sonst.⁴⁾

c) Das Wehrpflichtgesetz⁵⁾ bringt für einige besonders wichtige von ihm geregelte Verwaltungsakte ein gerichtsähnliches Vorverfahren⁶⁾ und schließt die Berufung gegen die Urteile der Verwaltungsgerichte völlig aus.⁷⁾ Den gegen diese Regelung⁸⁾ erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken⁹⁾ ist das Bundesverwaltungsgericht zu Recht entgegengetreten.¹⁰⁾ Die Regelung stellt aber den

1) Steuer Vorb. vor § 138 S. 331; § 144 Anm. 1.

2) § 144 FlurbG.

3) § 146 Nr. 2 FlurbG.

4) Vgl. § 9 III VwGO.

5) vom 21. 7. 1956, BGBl. I 651.

6) § 33.

7) § 34 I, unberührt durch die VwGO, § 192 II VwGO. Dagegen ist jetzt - vgl. § 192 I Nr. 1 und 2 VwGO - i. Ggs. zur ursprünglichen Regelung die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision möglich.

8) noch in ihrer ursprünglichen Form ohne Nichtzulassungsbeschwerde.

9) Bachof S. 45 ff; Ridder DÖV 57, 511 f.

10) BVerwGE 7, 66 (73 ff.), U. v. 23. 5. 58. Vgl. die dortige Begründung. Zustimmend Hahnenfeld NJW 58, 2002 f.

typischen Fall einer Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes unter Berufung auf den Ausbau des Verwaltungsverfahrens durch Einschaltung weisungsfreier Gremien¹⁾ dar. Auf die hierin liegende Fehlentwicklung wurde bereits oben²⁾ bei Behandlung des Verhältnisses von Vorverfahren und Gerichtsbarkeit hingewiesen. Der Ausschluß der Berufung entbehrt auch hier der Berechtigung. Dem berechtigten Bedürfnis der Wehrersatzverwaltung, Unsicherheiten in der Durchführung des oft kurzfristigen Einberufungsprogramms auszuschalten, wird durch den teilweisen Ausschluß der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage³⁾ ausreichend Rechnung getragen.⁴⁾ Im einzelnen kann auf die Ausführungen von Bachof in seiner Monographie "Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz" verwiesen werden,⁵⁾ dessen Argumentation gegen den Wegfall der Berufungsinstanz beizupflichten ist. Es wird daher vorgeschlagen, die Regelung des Wehrpflichtgesetzes über den gerichtlichen Rechtsschutz zu streichen, so daß an ihre Stelle der normale Instanzenweg nach der VwGO tritt. Im Vorverfahren können dann zugleich die Entscheidung durch weisungsfreie Gremien und die gerichtsähnliche Ausgestaltung des Verfahrens entfallen.

d) Das Lastenausgleichsgesetz⁶⁾ und das Feststellungsgesetz⁷⁾ schließen die Berufung generell aus.⁸⁾ Gegen die Urteile der Verwaltungsgerichte ist bei Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung nur die Revision zum Bundesverwaltungsgericht gegeben.⁹⁾ Zugleich sehen LAG und FeststG ein förmlich geregeltes Verwaltungsverfahren vor,¹⁰⁾ in dessen Verlauf Ausgleichs- bzw. Feststellungs-

1) Vgl. §§ 18, 19, 26, 33, insbes. 19 II 2, 26 IV 2, 33 III 2, VI.

2) unter I 2 b bb, S. 37 ff.

3) Vgl. §§ 33 VIII u. X, 35 I.

4) Bachof S. 27.

5) Vgl. vor allem S. 28 ff, 36 ff, 41.

6) vom 14. 8. 1952, BGBl. I 446, unberührt durch die VwGO nach § 190 I Nr. 1 VwGO.

7) in der Fassung vom 14. 8. 1952, BGBl. I 535, und des 3., 4. und 8. Gesetzes zur Änderung des LAG v. 24. 7. 1953 (BGBl. I 693), 12. 7. 1955 (BGBl. I 403) und vom 26. 7. 57 (BGBl. I 809).

8) §§ 339 III, 343 II, 344, 345 III, 347 LAG. § 38 I FeststG. verweist auf die §§ 336 bis 339 und 344 LAG. Da diese Bestimmungen des LAG nach § 190 I Nr. 1 unberührt geblieben sind - abgesehen von den hier nicht interessierenden Absätzen II und III des § 190 VwGO - gelten sie über die Inkorporationsvorschrift des § 38 I auch nach wie vor im FeststG.

9) §§ 339 I LAG, 38 I FeststG.

10) §§ 325 ff. LAG, 27 ff. FeststG.

ausschüsse und Beschwerdeausschüsse entscheiden.¹⁾ Gegen diese Regelung sprechen alle schon angeführten Argumente gegen den Ausschluß der Berufung allgemein²⁾ und ihren Ausschluß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und bei gleichzeitigem Ausbau des Vorverfahrens insbesondere.³⁾ Die Lastenausgleichssachen bieten auch in tatsächlicher Hinsicht durchaus ebensoviele Schwierigkeiten wie andere Verwaltungsstreitsachen.⁴⁾ Die bei der derzeitigen Regelung häufig erforderliche Aufhebung und Zurückverweisung durch das Bundesverwaltungsgericht wegen mangelnder Sachaufklärung⁵⁾ läßt den Mangel der zweiten Tatsacheninstanz deutlich empfinden. Nur mit dem Kriegsfolgencharakter des Lastenausgleichsrechts, weil also diese Verfahrensregelung vorübergehender Art und nicht auf Dauer berechnet ist, läßt sich die Verkürzung des Rechtsmittelzuges begründen. Aber selbst mit dieser Begründung bleibt die getroffene Regelung zweifelhaft, weil sie wegen Fehlens der filternden Berufungsinstanz nur zu einer umso stärkeren Belastung des Bundesverwaltungsgerichts mit derartigen Materien führt.⁶⁾

Das für das LAG und das FeststG Gesagte gilt ebenso für das sog. Währungsausgleichsgesetz⁷⁾ und das sog. Altspargesetz,⁸⁾ die sich ebenfalls mit Kriegsfolgenmaterien befassen und die beide hinsichtlich des Beschwerde- und Rechtsmittelverfahrens auf die Bestimmungen des LAG verweisen.⁹⁾

e) Die Ausführungen zum LAG und FeststG gelten weiter entsprechend für das Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz,¹⁰⁾ das ebenfalls im Verwaltungsverfahren Entscheidungen von Feststellungsausschüssen¹¹⁾ und Beschwerdeausschüssen¹²⁾ vorsieht und gegen die Urteile der Verwaltungsgerichte nur die Re-

1) Vgl. §§ 309, 310, 325 ff. LAG, 23, 27 ff. 38 FeststG.

2) Sh. oben unter I 2 a, S. 31 ff.

3) Sh. oben unter I 2 b, S. 37 ff.

4) Grundei ZLA 56, 262; Kniesch ZLA 56, 147; Richter ZLA 57, 181, 183.

5) Kniesch ZLA 56, 147 u. NJW 00, 851; Richter ZLA 56, 307 m. Beispielen.

6) Für eine zweite Tatsacheninstanz im Lastenausgleichsrecht Grundei ZLA 56, 262; Kniesch ZLA 56, 146 ff. Dagegen Heigl ZLA 56, 370.

7) v. 14.8.1952, BGBl. I 547.

8) v. 14.7.1953, BGBl. I 495.

9) § 9 V Währungsausgleichsgesetz, § 16 Altspargesetz. Da das LAG nach § 190 I Nr. 1 VwGO unberührt blieb, haben diese Verweisungen ihre Bedeutung behalten.

10) i. d. F. vom 8.12.1956, BGBl. I 907; unberührt durch die VwGO nach § 190 I

11) §§ 12, 13.

Nr. 7.

12) §§ 18, 19.

vision zum Bundesverwaltungsgericht, nicht aber die Berufung kennt.¹⁾

3. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß de lege ferenda die generelle Statthaftigkeit der Berufung in allen behandelten Verfahren möglich und wünschenswert ist. Im FlurbG, und zur Not im LAG, FeststG, Währungsausgleichsgesetz, Altspargengesetz und KgfEG ist ein Ausschluß der Berufungsinstanz vertretbar.

C. Bestimmung über die generelle Statthaftigkeit der Berufung

Es kann daher daran gegangen werden, für alle Verfahren eine Bestimmung zu formulieren, welche die generelle Statthaftigkeit der Berufung ausspricht und den übrigen Vorschriften als Grundsatz voransteht. Der Angleichung bedürfen hier die §§ 511 ZPO, 64 I ArbGG, 124 I VwGO und 143 SGG.

I. Anfechtbare Entscheidungen.

Die genannten Bestimmungen differieren zunächst in der Bezeichnung der anfechtbaren Entscheidung. In der ZPO ist die Rede von Endurteil, im ArbGG von Urteilen, soweit nicht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist, in der VwGO von End-, Teil- und Zwischenurteilen und im SGG²⁾ vom Urteil schlechthin.

1. Endurteile.

Endurteile sind danach bereits in jedem Verfahren grundsätzlich mit der Berufung anfechtbar.³⁾ Hierzu zählen auch die Teilurteile, deren eigene Erwähnung in § 124 I VwGO daher entfallen kann. Es bestehen jedoch noch einige Ausnahmeregelungen:

a) Überhaupt unanfechtbar mit Rechtsmitteln ist nach § 510 c IV ZPO das amtsgerichtliche Schiedsurteil, bei dem es sich um ein Endurteil handelt.⁴⁾ Diese Regelung über das Schiedsurteil ist im ArbGG ausdrücklich ausgeschlossen,⁵⁾ in den öffentlich-rechtlichen Verfahren unbekannt. Die Regelung der ZPO ist angreifbar: Gerade in den Streitigkeiten, in denen nach § 510 c I ZPO das Gericht sein Verfahren nach freiem Ermessen bestimmen kann und dadurch die Rechtsschutzgarantie für die Parteien schon verringert ist, soll ihnen oben-drein die Anfechtung des ergangenen Urteils verwehrt sein.⁶⁾ Zwar ist auch im

1) § 23 I, III.

2) sowie in § 98 EFGO bei der Regelung der Revisionsstatthaftigkeit.

3) Mit Ausnahme des derzeitigen EFGO.

4) § 510 c II ZPO.

5) § 46 II 2 ArbGG.

6) Allg. Begründung zum EZPO, Hahn S. 141.

Schiedsurteilsverfahren das Amtsgericht an die Grundsätze eines geordneten Verfahrens gebunden,¹⁾ aber auch wenn gegen sie verstoßen wird, ist das darauf ergangene Schiedsurteil unanfechtbar,²⁾ ja selbst dann, wenn das Schiedsurteilsverfahren selbst unzulässig gewesen ist.³⁾ Die Unanfechtbarkeit der Schiedsurteile sollte daher durch Streichung des § 510 c IV ZPO auf jeden Fall beseitigt werden. Auch nach dieser Maßnahme bliebe aber die Berufung gegen die meisten Schiedsurteile mangels Erreichen der Berufungssumme des § 511 a I ZPO unzulässig.⁴⁾ Aus diesem Grund ist es das beste, bei einer Prozeßreform das freie und daher weniger sichere Schiedsurteilsverfahren der ZPO ganz entfallen zu lassen.⁵⁾ Soweit in anderen Gesetzen die Anwendung des § 510 c ZPO ausdrücklich ausgeschlossen wird, würden diese Bestimmungen dann überflüssig;⁶⁾ § 161 V BBauG würde gegenstandslos.

b) Weiter sind in der Regel mit der Berufung nicht anfechtbar die Versäumnisurteile.⁷⁾ Hierauf wird weiter unten eingegangen werden.⁸⁾

c) Im Mieterschutzgesetz⁹⁾ ist gegen einige Endurteile nicht die Berufung, sondern die sofortige Beschwerde gegeben, sofern nur Nebenentscheidungen angefochten werden,¹⁰⁾ bzw. weil nur über Nebenpunkte entschieden wird.¹¹⁾ Diese unsystematische Regelung ist vertretbar in Hinblick darauf, daß es sich um Nebenentscheidungen handelt¹²⁾ und daß damit bei deren Anfechtung eine Vereinfachung, Beschleunigung und Verbilligung des Verfahrens erzielt wird.¹³⁾

1) Rosenberg § 110 II 5 b.

2) Wortlaut des § 510 c IV; Rosenberg § 110 II 5 d. Allerdings ist die Nichtigkeitklage erleichtert, § 579 III ZPO.

3) Rosenberg § 110 II 5 d.

4) Ausnahme nur, wenn Streitwert zwischen Klageeinreichung und Klagezustellung über 50. - DM gestiegen ist, so daß zwar das Schiedsverfahren stattfindet, der Beschwerdewert 50. - DM aber doch übersteigen kann.

5) wie schon jetzt in der "DDR".

6) So d. entspr. Passus in § 46 II 2 ArbGG und § 8 S. 1 BiSchVerfG.

7) Vgl. § 513 ZPO.

8) Vgl. unten F!

9) vom 1. 6. 1923 (RGBl. I 353, ber. 618) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. 12. 1942 (RGBl. I 712).

10) §§ 4 V 2 und 6 I 3, vgl. dazu Bettermann § 4 Rdn. 673, 674 und § 6 Rdn. 20-65; Roquette § 4 Rdn. 56 ff. und § 6 Rdn. 9.

11) § 6 II 3. Vgl. Roquette § 6 Rdn. 29.

12) Bettermann § 6 Rdn. 20; Roquette § 6 Rdn. 9 und 29.

13) Amtl. Begründg. zur Novelle v. 1926, zu § 6, abgedruckt bei Bettermann.

2. Zwischenurteile.

a) Alle fünf behandelten Verfahrensgesetze kennen ein die Zulässigkeit der Klage bejahendes Zwischenurteil.¹⁾ Die Anfechtbarkeit dieses Zwischenurteils mit der Berufung folgt für die VwGO aus der ausdrücklichen Erwähnung in § 124 I und für das SGG aus der Fassung des § 143, wonach "Urteile" schlechthin anfechtbar sind.²⁾ In ZPO und ArbGG kann dieses Zwischenurteil nur angefochten werden, wenn es über "prozeßhindernde Einreden" im Sinne des § 274 ZPO ergangen ist, denn dieses Zwischenurteil wird durch § 275 II ZPO in Betreff der Rechtsmittel ausdrücklich einem Endurteil gleichgestellt. Ein die Klagezulässigkeit bejahendes Zwischenurteil über sonstige Prozeßvoraussetzungen, das nach § 303 ZPO ergehen kann,³⁾ ist nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar.⁴⁾ Diese verschiedenartige Regelung ist unbegründet und kann, wie schon Knoll⁵⁾ vorgeschlagen hat, dadurch beseitigt werden, daß alle Fälle einer bejahenden Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage durch Zwischenurteil in der ZPO einheitlich geregelt werden.⁶⁾ Es empfiehlt sich dabei, auch in der ZPO dann alle diese Zwischenurteile der selbständigen Anfechtbarkeit zu unterwerfen. Auf diese Weise kann bei strittiger Klagezulässigkeit deren Vorliegen erst rechtskräftig festgestellt werden, bevor das Gericht Ermittlungen über die Begründetheit der Klage anstellt.⁷⁾ Eine Angleichung im Wortlaut wird zweckmäßig dadurch erreicht, daß künftig in allen Verfahren wie schon jetzt im SGG nurmehr von der Anfechtbarkeit der "Urteile" schlechthin die Rede ist.⁸⁾ Auf § 275 II Hbs, 1 ZPO, der bisher das Zwischenurteil hinsichtlich der Anfechtbarkeit dem Endurteil gleichstellte, und auf die ausdrückliche Erwähnung des Zwischenurteils nach § 109 in § 124 I VwGO kann dann verzichtet werden.

b) Wenn sonstige prozessuale Zwischenstreite unter den Parteien gemäß § 303 ZPO durch Zwischenurteil entschieden werden, so ist dieses Urteil

1) Vgl. §§ 275 und 303 ZPO, 46 II 1 ArbGG, 109 VwGO, 85 EFGO, für das SGG arg. § 58 Nr. 3.

2) Nach dem derzeitigen EFGO ist eine Anfechtung mit Berufung natürlich nicht möglich.

3) Baumbach-Lauterbach, § 303 Anm. 2; Rosenberg § 55 III 1 a; Stein-Jonas-Schönke, § 303 Anm. II.

4) Wegen der derzeitigen Fassung des § 511 ZPO ("Endurteile"); Baumbach-Lauterbach, § 303 Anm. 3; Stein-Jonas-Schönke, § 303 Anm. III 3.

5) S. 39.

6) Vgl. Textvorschlag von Knoll S. 44 und unten S. 67.

7) Knoll S. 42.

8) Ebenso Knoll S. 44.

wegen der bisherigen Fassung des § 511 ZPO ("Endurteile") nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar.¹⁾ Das gilt auch im ArbGG.²⁾ Solche Zwischenurteile sind auch³⁾ im Verwaltungs-,⁴⁾ Finanz-⁵⁾ und Sozialgerichtsprozeß⁶⁾ zulässig. Sie sind nach der VwGO wegen § 124 I ebenfalls nur zusammen mit dem Endurteil, nach EFGO und SGG⁷⁾ dagegen selbständig anfechtbar,⁸⁾ da die §§ 133 EFGO, 202 SGG die Anwendbarkeit von § 511 ZPO nicht zulassen und in den §§ 98 EFGO, 143 SGG nur von "Urteilen" schlechthin die Rede ist. Sachlich ist es zweckmäßiger, diese Zwischenurteile der selbständigen Anfechtbarkeit zu entziehen. Sie entscheiden über bestimmte Streitpunkte mit Bindungswirkung gemäß § 318 ZPO⁹⁾¹⁰⁾ vorweg und entlasten damit den Streit in dieser Instanz. Ihre selbständige Anfechtbarkeit würde nur zu Prozeßverzögerungen führen.¹¹⁾ Wenn in der generellen Bestimmung über die Statthaftigkeit der Berufung de lege ferenda nurmehr einfach von "Urteilen" die Rede ist,¹²⁾ muß die selbständige Anfechtbarkeit besagter Zwischenurteile ausdrücklich ausgeschlossen werden. Am besten folgt man für alle Verfahrensgesetze dem Textvorschlag von Knoll¹³⁾ über die Zwischenurteile:

- (I) Über die Zulässigkeit der Klage kann abgesonderte Verhandlung angeordnet werden. Die Zulässigkeit der Klage kann durch Zwischenurteil bejaht werden.

1) § 512 ZPO.

2) § 64 II 1 ArbGG, Stein-Jonas-Schönke, § 511 Anm. V 1.

3) Näheres vgl. bei Knoll S. 40 ff.

4) § 173 VwGO. Vgl. Begründung zu §§ 108, 109 EVwGO; Eyermann-Fröhler § 109 Rdn. 12; Koehler § 109 Anm. II 2; Redeker-Oertzen, § 109 Rdn. 2.

5) § 133 EFGO, § 284 II AO. Kühn § 284 Anm. 2; Riewald § 284 Anm. 2; Wieczorek § 303 Anm. C IV.

6) § 202 SGG. Mellwitz § 99 Anm. 9; Peters-Sautter-Wolff Vorb. 2 b vor §§ 123 ff; Rohwer-Kahlmann Vorb. vor § 123 Rdn. 20.

7) a. A. zu Unrecht Mellwitz § 99 Anm. 9; Peters-Sautter-Wolff, Vorb. 2 b vor §§ 123 ff; Rohwer-Kahlmann Vorb. vor § 123 Rdn. 22.

8) Vgl. Knoll S. 40.

9) der entspr. in den übrigen Verfahren gilt, Knoll S. 117.

10) Rosenberg § 55 III; Stein-Jonas-Schönke, § 303 Anm. III 2; Peters-Sautter-Wolff Vorb. 2 b vor §§ 123 ff.

11) Knoll S. 42.

12) Vgl. soeben unter a, S. 53

13) S. 44.

- (II) Ist ein anderer prozessualer Zwischenstreit unter den Parteien zur Entscheidung reif, so kann gleichfalls durch Zwischenurteil entschieden werden. In diesem Falle ist das Zwischenurteil nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar.

c) In der ZPO und im ArbGG¹⁾ gibt es endlich noch einige Fälle eines Zwischenstreits mit einem Dritten, in denen systemwidrig gegen das Zwischenurteil die sofortige Beschwerde²⁾ statthaft ist.³⁾ Diese Ausnahmeregelung kann dadurch in Wegfall kommen,³⁾ daß in diesen Fällen die Entscheidung des Zwischenstreits de lege ferenda nicht mehr durch Zwischenurteil, sondern durch Beschluß erfolgt, wie es schon in den §§ 72 II und 368 III EZPO 1931 vorgesehen war und wie es der Regelung in § 118 I 2 SGG entspricht. Eine Angleichung wäre damit erreicht, in § 64 I ArbGG kann der in Fußn. 1 wieder-gegebene Passus entfallen.

3. Vorbehaltsurteil.

§ 302 I ZPO, der die Zulässigkeit eines Vorbehaltsurteils bei Aufrechnung mit einer Gegenforderung regelt, ist über § 46 II 1 ArbGG auch im Arbeitsgerichtsprozeß anwendbar, und kann nach Knoll⁴⁾ in die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand übernommen werden. Um die Anfechtbarkeit dieses Vorbehaltsurteils zu erreichen, mußte § 302 III ZPO es bisher wegen § 511 ("Endurteile") einem Endurteil gleichstellen. Bei der vorgesehenen Neufassung des § 511 ("Urteile")⁵⁾ bedarf es dessen künftig nicht mehr, in § 302 III können die Wörter "der Rechtsmittel und" daher gestrichen werden. Auch in den anderen Gesetzen wird sich die Anfechtbarkeit ohne weiteres aus der generellen Bestimmung über die Statthaftigkeit der Berufung ergeben. In dem gleichgelagerten Fall des § 599 III ZPO können die Wörter "die Rechtsmittel und" entfallen.

4. Grundurteil.

Entsprechend wird beim Grundurteil die Gleichstellung des § 304 II ZPO und die besondere Erwähnung in § 124 I VwGO überflüssig.

1) worauf der Passus "soweit nicht nach § 78 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist" in § 64 I ArbGG hinweist.

2) §§ 71 II; 135 III; 387 III; 372a II 1 und 402 mit §§ 386 ff. ZPO; §§ 387 und 402 ZPO sind über § 98 auch in der VwGO anwendbar, Klinger § 109 Anm. C3 e.

3) Vgl. Knoll S. 42 f.

4) S. 33 ff.

5) sh. soeben unter 2 a und b, S. 53 ff.

Bei den Grundurteilen bringt das ArbGG noch eine Besonderheit insofern, als es deren selbständige Anfechtbarkeit in § 61 V ausschließt. Eine Angleichung kann durch Streichung dieser Bestimmung erreicht werden, deren Zweck - Beschleunigung des Verfahrens - durch Wegfall der selbständigen Anfechtbarkeit häufig gerade in ihr Gegenteil verkehrt wird.¹⁾ Es kann insoweit auf die zutreffende Argumentation von Knoll²⁾ und dessen Formulierungsvorschlag für eine einheitliche Bestimmung über das Grundurteil³⁾ verwiesen werden.

5. Da die Landgerichte im Zivilprozeß auch Berufungsurteile erlassen, muß in der ZPO - wie schon jetzt in § 511 - abweichend von den übrigen Verfahren bestimmt werden, daß die Berufung nur gegen erstinstanzliche Urteile zulässig ist.

II. Zweckmäßigerweise sagen die §§ 64 I ArbGG, 124 I VwGO und 143 SGG, an welches Gericht die Berufung statthaft ist. Diese Regelung ist im EFGO zu übernehmen, besser nicht aber in der ZPO, deren § 511 angesichts der getrennten Berufungswege gegen amts- und landgerichtliche Urteile sonst unübersichtlich würde; hier geben die §§ 72 und 119 GVG Aufschluß.

III. Überflüssig ist der Passus des § 143 SGG, "soweit sich aus den Vorschriften dieses Unterabschnitts nichts anderes ergibt". Daß die der Grundsatzvorschrift folgenden Bestimmungen die Zulässigkeit der Berufung im einzelnen regeln, ergibt sich von selbst.

IV. Ergebnis:

Für § 511 ZPO wird folgende Fassung vorgeschlagen:

Gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Urteile der
Amts- und Landgerichte steht den Parteien die Berufung zu.

In ArbGG, VwGO, SGG und EFGO kann folgende Bestimmung eingeführt werden, die an die Stelle von § 64 I 1 ArbGG (bis einschließlich "die Berufung an die Landesarbeitsgerichte statt"), § 124 I VwGO und § 143 SGG tritt:

1) Pagenstecher JR 1927, 323, Fußn. 7. Bedenken gegen § 61 V ArbGG auch bei Stein-Jonas-Schönke § 304 Anm. V.

2) S. 44 f.

3) S. 49.

Gegen die Urteile der Arbeitsgerichte¹⁾ steht den Parteien²⁾ die Berufung an das Landesarbeitsgericht³⁾ zu.

D. Einschränkungen der Berufungsmöglichkeiten

I. Soweit die Berufung überhaupt vorgesehen ist, ist sie in mannigfacher und in den einzelnen Gesetzen verschiedener Weise eingeschränkt, von den Einschränkungen sind unterschiedliche Ausnahmen gemacht.⁴⁾ Der einfachste Weg, zu einer Angleichung zu gelangen, wäre, die Einschränkungen generell entfallen zu lassen, eine Lösung, die jedoch praktisch in den gesetzgebenden Körperschaften kaum durchsetzbar sein dürfte. Eine Einschränkung der Berufung in weniger bedeutsamen Streitigkeiten und bei nebensächlichen Streitpunkten ist auch vertretbar. Sie entlastet die Berufungsgerichte und läßt ihnen so mehr Zeit für die wichtigeren Sachen. Man sollte aber die Berufung auch nicht stärker beschränken, als es dieser Zweck erfordert. Erweist sich in einem Zweig der Gerichtsbarkeit das Erfordernis der Beschränkung stärker als in einem anderen, etwa wegen der größeren Zahl der anfallenden Streitigkeiten, wegen der kleineren Zahl der Berufungsgerichte, wegen der geringeren Typenwirkung der Urteile oder aus sonstigen Gründen, so rechtfertigt der Gedanke der Angleichung allein es nicht, die stärkere Beschränkung nun überall einzuführen. Der Rechtsschutz des einzelnen geht der Angleichung vor. Soweit das Maß der Beschränkung unterschiedlich bleiben muß, sollte eine Angleichung aber wenigstens im System der Beschränkung versucht werden.

II. Einschränkung der Berufungsmöglichkeiten nach dem angefochtenen Teil des Urteils: Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung.

Die ZPO schließt in § 99 I die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung aus, wenn nicht gleichzeitig die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wird. Die Bestimmung gilt im ArbGG über § 64 II entsprechend.⁵⁾ Ihr Zweck ist, die Rechtsmittel wegen der Kosten einzuschränken; zu verhüten, daß die höhere Instanz die Hauptsache nachprüfen muß, nur um über die Kosten entscheiden zu können⁶⁾ und zu verhindern, daß das höhere Gericht die Hauptsache anders beurteilt als die zur Hauptsache ergangene und mangels Anfechtung

1) bzw. Verwaltungs-, Finanz-, Sozialgerichte.

2) in VwGO, EFGO und SGG: "Beteiligten".

3) bzw. Oberverwaltungs-, Oberfinanz-, Landessozialgericht.

4) Vgl. o. A II, S. 28 .

5) Stein-Jonas-Schönke § 99 Anm. VII; Wieczorek § 99 Anm. E.

6) Baumbach-Lauterbach § 99 Anm. 1.

rechtskräftig gewordene Entscheidung der unteren Instanz.¹⁾ Die §§ 158 I VwGO, 101 IV EFGO und 144 II SGG bringen entsprechende Vorschriften. Die Fassung des § 144 II SGG ist zwar mißverständlich, doch ist auch er - wie sich schon aus § 140 II 2 SGG ergibt - so zu verstehen, daß nicht wegen der Kosten des Verfahrens allein Berufung eingelegt werden kann.²⁾ In der Sache besteht also bereits Übereinstimmung. Was die Stellung betrifft, so dürfte es sich, um die doppelte Regelung bei Berufung und Revision zu vermeiden, mehr empfehlen, die hier interessierende Bestimmung wie in ZPO und VwGO bei den Kostenvorschriften zu bringen, statt wie in EFGO und SGG bei den Rechtsmittelzulässigkeitsvorschriften. Es wird daher empfohlen, unter Streichung der §§ 101 IV EFGO und 144 II SGG auch in die Kostenvorschriften von EFGO und SGG eine Bestimmung wie §§ 99 I ZPO, 158 I VwGO einzufügen.

III. Einschränkungen der Zulässigkeit der Berufung nach ihrer Begründung.

1. Sachliche Unzuständigkeit des Erstgerichts:

Nach § 10 ZPO kann "wegen der präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts"³⁾ das Urteil eines Landgerichts nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen wäre. Diese Bestimmung kann in die übrigen Verfahren nicht übernommen werden, weil es dort mehrere Gerichte erster Instanz nicht gibt.⁴⁾ Für die ZPO ist im Interesse der Einschränkung von Zuständigkeitsstreitigkeiten ihre Beibehaltung empfehlenswert.

2. Örtliche Unzuständigkeit des Erstgerichts (§ 512 a ZPO):

§ 512 a ZPO gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG.⁵⁾ Eine solche Bestimmung fehlt in VwGO, EFGO und SGG. § 512 a ZPO ist dort auch nicht entsprechend über die §§ 173 VwGO, 133 EFGO und 202 SGG anwendbar, da diese Gesetze selbst regeln, wann die Berufung zulässig ist, worauf sie gestützt werden kann.⁶⁾ § 512 a ZPO geht von der Gleichwertigkeit aller gleichartigen Gerichte aus.⁷⁾

1) Begründung zum EZPO, Hahn S. 200; Rosenberg § 79 V 2.

2) Peters-Sautter-Wolff, § 144 Anm. 4; Rohwer-Kahlmann § 144 Anm. 4 a.

3) Begründung zum EZPO, Hahn S. 148.

4) Von den Sonderfällen der §§ 50 VwGO, 40 EFGO, 39 II SGG abgesehen.

5) Stein-Jonas-Schönke, § 512 a Anm. III; Wieczorek § 512 a Anm. A II c.

6) wie hier Ule, VwGO, § 128 Anm. I; a. A. (Anwendbarkeit des § 512 a ZPO in der VwGO über § 173 schon de lege lata) Eyermann-Fröhler § 52 Rdn. 40; Koehler § 125 Anm. II 3.

7) Rosenberg § 38 III 1 b a.

und will Streitigkeiten über prozessuale Fragen möglichst abschneiden,¹⁾ damit nicht die Sacharbeit der Vorinstanz aus förmlichen Gründen hinfällig wird.²⁾ Die Bestimmung ist unbedenklich und zweckmäßig.³⁾ Ihre Einführung in alle Verfahrensarten ist möglich und empfehlenswert. Sachlich nicht gerechtfertigt allerdings ist es, wenn die ZPO diesen Berufungsausschlußgrund auf Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt. Die ratio legis trifft für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten in gleicher Weise zu. Es wird daher vorgeschlagen, in ZPO, VwGO, EFGO und SGG⁴⁾ im Anschluß an die Bestimmung über die generelle Statthaftigkeit der Berufung folgende Vorschrift einzuführen:

§ a⁵⁾

Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden,
daß das Gericht des ersten Rechtszuges seine
örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen
hat.

3. Fehler bei Berufung der ehrenamtlichen Richter (§ 65 ArbGG.).

Die ZPO kennt eine dem § 65 ArbGG. vergleichbare Vorschrift nicht, aber sie fehlt auch in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand, in denen - wie im ArbGG - ehrenamtliche Richter tätig werden.⁶⁾ § 65 ArbGG will der Berufungsinstanz die Frage der rechtsgültigen Beisitzerberufung fernhalten, da - so die Begründung zum ArbGG 1926⁷⁾ - angesichts dessen, daß die Beisitzer nicht gewählt, sondern von einer Behörde bestellt werden, unbedenklich unterstellt werden könne, daß irgend schwerere Fehler, die auf die Urteilsfällung Einfluß ausüben könnten, vermieden würden.

Die in § 65 ArbGG geschilderten Mängel der Beisitzerberufung machen das Urteil nicht nichtig,⁸⁾ sie allein machen es auch nicht unrichtig. Unrichtig ist

1) Stein-Jonas-Schönke, § 512 a Anm. I; RGZ 110, 56 (59), B. v. 16. 1. 25; BGH NJW 53, 222 (223), B. v. 18. 11. 52.

2) Baumbach-Lauterbach, § 512 a Anm. 1.

3) Auf die umstrittene Frage, ob § 512 a ZPO der Berufung die Zulässigkeit oder die Begründetheit nimmt, braucht hier nicht weiter eingegangen werden.

4) im ArbGG kann es bei § 64 II 1 bewenden.

5) Die Benennung mit Buchstaben erfolgt zur leichteren Kennzeichnung.

6) §§ 4 III, 19 ff. VwGO; §§ 4 III, 18 ff. EFGO; §§ 3, 13 ff. SGG.

7) Zitiert bei Flatow-Joachim, § 65 Anm. 1.

8) Wie überhaupt die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts; Baumbach-Lauterbach, § 551 Anm. 1; Peters-Sautter-Wolff § 150 Anm. 3 c; Wieczorek § 551 Anm. B I a 2.

das Urteil nur, wenn zugleich falsch entschieden worden ist, was das Berufungsgericht im Rahmen der Berufungsanträge ohnehin nachprüfen muß. Mängel wie die in § 65 ArbGG geschilderten haben nur insofern Bedeutung, als sie die Aufhebung des Urteils mit Zurückverweisung in die erste Instanz rechtfertigen können.¹⁾ Liegen sie nämlich vor, so ist das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt,²⁾ ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor,³⁾ Aufhebung und Zurückverweisung ist nach §§ 539 ZPO, 130 I Nr. 2 VwGO, 159 I Nr. 2 SGG möglich. Die mit einer derartigen Zurückverweisung verbundene Verfahrensverzögerung kann eine Bestimmung wie § 65 ArbGG verhindern, weil die darin bezeichneten Mängel dann vom Berufungsgericht nicht zu beachten sind. Nun ist aber im ArbGG de lege lata nach § 68 die Zurückverweisung wegen eines Verfahrensmangels ohnehin ausgeschlossen. Gerade im ArbGG ist also die Bestimmung des § 65 de lege lata überflüssig.

Sie könnte im ArbGG Sinn gewinnen mit Einführung der Zurückverweisungsmöglichkeit wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels³⁾ und man könnte ferner ihre Einführung in VwGO, EFGO und SGG schon de lege lata erwägen, da es auch hier ehrenamtliche Richter gibt,⁴⁾ zugleich aber die Zurückverweisung wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels möglich ist. Wenn indessen die bei der Bestellung der Beisitzer unterlaufenen Fehler nicht Auswirkungen auf die Richtigkeit der Urteilsfindung gehabt haben und auch nicht wenigstens ein begründeter Verdacht in dieser Richtung besteht, so wird das Gericht ohnehin von sich aus von einer Aufhebung und Zurückverweisung absehen, um unnötige Verfahrensverzögerungen zu vermeiden. Einer Bestimmung wie § 65 ArbGG bedarf es dann zu diesem Zwecke nicht. Hatte die fehlerhafte Beisitzerbestellung aber Auswirkungen auf die Richtigkeit der Urteilsfindung oder besteht der begründete Verdacht dafür, zeigte sich also der Mangel deutlich im Verfahren, so daß das Vertrauen der Parteien in die Unparteilichkeit des Richters erschüttert werden konnte,⁵⁾ dann ist eine Vorschrift wie § 65 ArbGG nicht am Platze. In diesen Fällen muß es vielmehr im Interesse der Erhaltung des Vertrauens in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung möglich sein,

1) so für Ernennungsunfähigkeit und ordnungswidrige Bestellung bei den hauptamtlichen Richtern der ordentlichen Gerichte Stein-Jonas-Schönke § 551 Anm. II 1; Wieczorek § 551 Anm. B I b 1.

2) Peters-Sautter-Wolff § 159 Anm. 1 b mit § 150 Anm. 3 c; Wieczorek § 539 Anm. B II a 4.

3) Sh. u. § 8 B II 1.

4) Sh. Fußn. 6 auf S. 59.

5) Vgl. über Fälle, in denen sich bei vorschriftswidriger Besetzung des Gerichts Zurückverweisung empfiehlt, auch Wieczorek § 539 Anm. B II a 4.

das Urteil aufzuheben, an die erste Instanz zurückzuverweisen und den Mangel so zu heilen. Es muß bedacht werden, daß der Fall der fehlerhaften Beisitzerberufung nicht den Fällen zur Seite gestellt werden kann, in denen das Landgericht anstelle des Amtsgerichts¹⁾ oder ein örtlich unzuständiges Gericht²⁾ entschieden hat. Wenn in diesen Fällen der Ausschluß der Berufung zu rechtfertigen ist, so doch nicht in jenem. Denn hier hat an Stelle des an sich zuständigen Gerichts ein präsumtiv besseres bzw. gleichwertiges entschieden, dort entspricht das entscheidende Gericht den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Es wird daher vorgeschlagen, § 65 ArbGG zu streichen und eine ihm entsprechende Bestimmung nicht in die anderen Verfahren einzuführen.

In Hinblick auf diesen Vorschlag wird empfohlen, auch in § 88 ArbGG³⁾ die Wörter "auf Mängel" bis "ausschließen" zu streichen.

IV. Einschränkung der Berufungsmöglichkeiten nach einer Wertgrenze:

1. Ein bedeutsames Mittel für die Einschränkung der Berufung ist, ihre Zulässigkeit von dem Erreichen einer bestimmten Wertgrenze abhängig zu machen. Bestimmungen, die dies tun, sind die §§ 511 a ZPO, 64 I ArbGG, 1 GüBB und 149 SGG.⁴⁾ Die wichtigsten Unterschiede sind, daß allein die ZPO die Beschränkung mittels einer Wertsumme ausdrücklich auf Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche begrenzt; daß das GüBB und das SGG die Wertsummenbegrenzung nur für Streitigkeiten bestimmter Art eingeführt haben; daß ZPO, GüBB⁵⁾ und SGG vom Wert des Beschwerdegegenstandes ausgehen, ArbGG und EFGO⁶⁾ dagegen vom Wert des Streitgegenstandes; daß die Wertsummen differieren.

Die ZPO kannte ursprünglich⁷⁾ keine Bestimmungen, die das Erreichen einer Berufungssumme vorschreiben. Die Begründung führte aus,⁸⁾ daß solche Vorschriften vom Standpunkt einer höheren Ansprüchen entsprechenden Rechtspflege nur als rein willkürliche zu bezeichnen seien, weil sie jeder inneren Rechtfertigung entbehrten. Die Gründe, welche für und gegen die Notwendigkeit

1) § 10 ZPO, sh. o. Nr. 1.

2) § 512 a ZPO, sh. o. Nr. 2.

3) aus der Regelung über das Beschlußverfahren.

4) Vgl. ferner § 98 I EFGO für die Revision.

5) anders noch der Entwurf.

6) bei der Revision.

7) Vgl. §§ 452 ff. des Entwurfs, 472 ff. des Gesetzes, Hahn S. 1428/1429.

8) Hahn S. 141.

einer zweiten Instanz sprächen, hätten mit dem Werte des Streit- oder Beschwerdegegenstands nichts zu tun. Später wurde die Berufungssumme in die ZPO doch eingeführt; ihre Höhe hat mehrfach geschwankt.¹⁾ Der Vorwurf, willkürlich und kapitalistisch zu sein, blieb dieser Form der Berufungsbeschränkung denn auch nicht erspart.²⁾ In der Tat läßt sich nicht leugnen, daß die Wertgrenze unterschiedlich hart treffen kann, denn die Summe, die für den einen kaum ins Gewicht fällt, kann für den anderen von erheblicher Bedeutung sein. Vom Verhältnis des Streit- oder Beschwerdewerts zum Gesamtvermögen der jeweiligen Partei kann man aber die Zulässigkeit der Berufung aus praktischen Gründen nicht abhängig machen. Die Wertgrenze ist somit nicht das ideale Mittel der Berufungsbeschränkung. Ihre Einführung läßt sich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, daß die Kosten in angemessenem Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen müßten,³⁾ denn dies zu überlegen, ist Sache der Parteien.⁴⁾ Sie läßt sich vielmehr nur rechtfertigen damit, daß eine Berufungsbeschränkung zur Entlastung der Berufungsgerichte erforderlich ist. Auch diese Begründung reicht nicht aus, wenn andere, bessere Methoden der Berufungsbeschränkung sich finden lassen, die diese überflüssig machen.

Die schon besprochenen⁵⁾ Berufungsbeschränkungen (bei bloßer Anfechtung der Kostenentscheidung, örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit des Erstgerichts) bringen zwar eine Entlastung, sind aber zu wenig generell, betreffen einen zu kleinen Teil der Berufungen.

Man könnte daran denken, die Berufung generell von der Zulassung des *index a quo*⁶⁾ oder *index ad quem*⁷⁾ abhängig zu machen, so daß sie überhaupt nur kraft Zulassung zulässig wäre. Es würde sich dann jedoch sogleich die Frage erheben, nach welchen Grundsätzen über die Zulassung befunden werden soll. Grundsätzliche Bedeutung und Entscheidungsdivergenz,⁸⁾ bei deren Vorliegen jetzt zum Teil Berufung und Revision zuzulassen sind,⁹⁾ sind Kriterien für das bestehende öffentliche Interesse an der Rechtsmittelfähigkeit,⁹⁾ sie sind aber

1) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 511 a Anm. I 1.

2) Vgl. z.B. Schiffer JZ 53, 3.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 511 a, Anm. I, 1.

4) Begründung zum EZPO, Hahn S. 141.

5) sh. o. II und III !

6) Vgl. § 1 GüBB.

7) So z.B. Seidel DRiZ 56, 144.

8) §§ 546 II ZPO; 64 I, 61 III, 72 I, 69 III ArbGG; 131 II, 132 VwGO; 98 EFGO; 150 Nr. 1, 162 I Nr. 1 SGG.

9) zum Zwecke der Wahrung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts.

keine Kriterien für das Interesse der Partei an der Rechtsmittelfähigkeit, auf das es bei der Berufung ankommt, da die Berufung ein Rechtsmittel im Parteiinteresse ist.¹⁾ Auch sonstige Kriterien, an denen sich das Parteiinteresse messen läßt, lassen sich für die Zulassung nicht finden, es sei denn der Streit- oder Beschwerdewert. Gerade ihn macht sich die hier untersuchte Institution der Berufungssumme schon zunutze.

Ein Ausschluß der Berufung nach Sachgebieten und Anspruchsarten ist in der ZPO wegen der Verschiedenheit der geltend gemachten Ansprüche und anfallenden Materien, die nicht in klar abgegrenzte Blöcke zerfallen, schwer möglich und erschiene willkürlich. Das gleiche gilt für das Arbeitsgerichtsgesetz. In der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dieser Weg der Berufungsbeschränkung eher gangbar und auch gewählt worden.²⁾ Vertretbar ist er dort insbesondere für die zeitlich begrenzte Berufungsbeschränkung in Angelegenheiten, die nur vorübergehend häufiger auftreten. Im übrigen wird diese Methode der Berufungsbeschränkung auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit leicht den Stempel der sachlich ungerechtfertigten Differenzierung tragen. Daß ein Ausbau des Vorverfahrens den Berufungsausschluß nicht ohne weiteres kompensiert, wurde schon oben³⁾ dargelegt. Die summenmäßige Berufungsbeschränkung nach dem Grundsatz "Minima non curat praetor" erweist sich somit als besser, zumindest nicht als schlechter als andere Methoden. Wenn man also über die schon vorgeschlagenen Einschränkungen hinaus weitere für nötig hält, wie es unsere Verfahrensgesetze tun, so wird man mangels besserer Methoden auf die Einschränkung mittels Wertgrenze nicht verzichten. Man sollte dann aber auch versuchen, diese Einschränkungsregelung möglichst sachgerecht auszugestalten und auf möglichst weitgehende Einheitlichkeit in den einzelnen Verfahren achten, zumindest im System, wenn sich auch die Wertsumme nicht überall angleichen läßt.

2. Die Einschränkung der Berufung nach einem Streit- oder Beschwerdewert ist nur dann haltbar, wenn sie gleichmäßig und ohne Willkür erfolgt. Dies setzt voraus, daß sich der maßgebende Streit- oder Beschwerdewert mit wenigstens einiger Zuverlässigkeit bestimmen läßt und daß das Gericht, so-

1) sh. o. 1. Kapitel, S. 25.

2) Vgl. insbesondere §§ 131 I VwGO, 1 GüBB und 144 - 149 SGG, auf die unter V eigens eingegangen wird; ferner die oben B II 2 S. 46 ff. behandelten Nebengesetze.

3) Unter B I 2 b bb, S. 37 ff.

weit es auf freies Ermessen angewiesen ist,¹⁾ nicht ohne alle konkreten Anhaltspunkte dasteht. Dies ist jedenfalls dann möglich, wenn Geldsummen im Streit sind, auf welchen Fall die ZPO die Einrichtung einer Wertgrenze einmal beschränkte.²⁾ Die Bestimmung ist aber auch dann noch mit ausreichender Zuverlässigkeit möglich, wenn sonstige vermögensrechtliche Streitigkeiten anhängig sind, auf welchen Fall die ZPO in ihrer jetzigen Fassung das Institut der Berufungssumme beschränkt.³⁾ Die Wertgrenze über diese Streitigkeiten hinaus auszudehnen, erscheint unrichtig. Zwar kann der Streitwert auch bei anderen Streitigkeiten festgesetzt werden,⁴⁾ dort hängt das Gericht dann dabei aber so in der Luft, daß eine gerechte Festsetzung, von der die Zulässigkeit der Berufung abhängig gemacht werden kann, nicht gewährleistet ist. Eine Angleichung des ArbGG an die ZPO wird daher in diesem Punkte empfohlen. Man sollte dabei aber in beiden Gesetzen statt "Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche" besser formulieren "vermögensrechtliche Streitigkeiten", damit so das mehrdeutige Wort "Anspruch" (prozessuales Begehren oder materiellrechtlicher Anspruch?) vermieden wird. Einer Einführung des Begriffs der vermögensrechtlichen Streitigkeit auch im GüBB, im EFGO und SGG stünde an sich nichts im Wege,⁵⁾ wenn auch die Rechtsprechung dazu noch allmählich Richtlinien entwickeln müßte⁶⁾ und die Berechnung sicher nicht immer einfach wäre. Dies ist indessen gar nicht erforderlich, da es sich in all den Fällen, in denen diese Gesetze eine Berufungssumme vorsehen, bereits um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt. Dies trifft zu für die finanzgerichtlichen Streitigkeiten, für die in § 1 GüBB erwähnten Streitigkeiten auf den Gebieten des Preisrechts,⁷⁾ der öffentlichen Abgaben, der Kosten,

1) Vgl. 3 ZPO, der auch im ArbGG (§ 46 II; Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 47), in der VwGO (§ 173), im SGG (§ 202) und im EFGO (§ 133. - § 127 III betrifft den für die Kostenberechnung nach § 117 maßgeblichen Streitwert) zur Anwendung kommt.

2) VO v. 18. 5. 1916, RGBL. S. 393.

3) § 511 a I ZPO.

4) Vgl. § 14 GKG.

5) Zu der Unterscheidung von vermögens- und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Verwaltungsgerichtsprozeß vgl. Koehler § 165 Anm. III 9 b; Luetgebrune S. 82 ff; Redeker-Oertzen § 165 Rdn. 1 ff; Sellschopp DVBl. 53, 718.

6) Einzelfälle bei Koehler § 165 Anm. III 9 b; Luetgebrune S. 82 ff; Redeker-Oertzen § 165 Rdn. 1 ff; jeweils mit Rspr. -Nachweisen. Dazu, daß auch Anfechtungsstreitigkeiten "vermögensrechtlichen" Charakter haben können, sh. z.B. BVerwG NJW 56, 317, U. v. 31. 10. 1955; Eyermann-Fröhler § 128 Rdn. 1.

7) Vgl. VBerwG NJW 56, 317, U. v. 31. 10. 55.

der Strafen und des Zwangsgeldes und für die Ersatz- und Erstattungsstreitigkeiten des § 149 SGG. In GüBB und SGG die Wertsummenbeschränkung über diese Streitigkeiten hinaus auf andere auszudehnen, besteht kein Anlaß, da die Berufung nicht mehr als erforderlich beschränkt werden sollte.¹⁾

3. Die §§ 511 a I ZPO, 149 SGG und 1 GüBB²⁾ gehen bei der Wertsumme vom Wert des Beschwerdegegenstands aus, die §§ 64 I ArbGG und 98 EFGO³⁾ dagegen vom Wert des Streitgegenstands. Der Wert des Streitgegenstands kann ein Maßstab sein dafür, welches Interesse die Parteien an der Anrufung der Gerichte überhaupt hatten und evtl. dafür, welches Interesse die Öffentlichkeit an dem Prozeß wegen seiner allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung⁴⁾ hat. Der Streitwert besagt aber nichts mehr darüber, wie groß das Interesse der Parteien an der Beschreitung der Berufungsinstanz ist. Dieses Interesse kann z. B. für den Kläger auch in einer Sache mit erheblichem Streitwert sehr gering sein, wenn er schon in erster Instanz fast völlig obsiegt hat. Der Beschwerdewert dagegen ist ein objektiver Maßstab dafür, welches Interesse die rechtsmittelführende Partei gerade an diesem von ihr eingelegten Rechtsmittel hat.⁵⁾ Dieses Interesse an der Rechtsmittelinstanz sollte aber maßgebend sein bei der Frage der Rechtsmittelwürdigkeit, nicht das Interesse am Beschreiten des Rechtswegs in erster Instanz, schon gar nicht das evtl. Interesse der Öffentlichkeit am Prozeß, denn die Berufung soll den einzelnen Parteien dienen. Die Berechnung des Beschwerdewerts mag zwar bei teilweiser Klageabweisung in erster Instanz im Einzelfall einmal etwas schwieriger sein als die des Streitwerts, dies rechtfertigt aber nicht den Verzicht auf das sachgerechtere Kriterium. Für das ArbGG wird als Vorteil hervorgehoben,⁶⁾ daß auf Grund der de lege lata bestehenden Maßgeblichkeit des Streitwerts, der im Urteil erster Instanz bindend festgesetzt wird,⁷⁾ die Berufungsfähigkeit sich in jedem Falle aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil selbst ergibt und daß damit der Prozeß einfach und übersichtlich, auch für rechts- und prozeßungewandte Parteien, gestaltet werde.⁸⁾ Angesichts des für das Verfahren vor den Landesarbeitsgerichten bestehenden Anwaltszwanges⁹⁾ fällt auch diese Erwä-

1) Sh. o. D I S. 57.

2) hier anders noch der Entwurf.

3) letzterer bei der Revision.

4) Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 22.

5) Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 22.

6) Dersch-Volkmar, § 61, Rdn. 30; Flatow-Joachim § 64 Anm. 6.

7) § 61 II ArbGG.

8) Flatow-Joachim, § 64 Anm. 6.

9) § 11 II ArbGG.

gung gegen die Maßgeblichkeit des Beschwerdewerts nicht entscheidend ins Gewicht. Daß die Beschwerdewertgrenze von den Berufungsanträgen abhängig ist, führt zu besonderen Schwierigkeiten nicht. Auch in anderen Fällen kann über die Zulässigkeit der Berufung erst auf Grund der Berufungsanträge oder -begründung entschieden werden.¹⁾

Es wird daher vorgeschlagen, allgemein den Wert des Beschwerde-, nicht des Streitgegenstandes bei der Beschränkung der Berufung nach einer Wertgrenze maßgebend sein zu lassen. § 61 II ArbGG, der die Festsetzung des Streitwerts²⁾ im Urteil zum Zwecke der Klarstellung über die Berufungsfähigkeit vorsieht, kann dann entfallen,³⁾ ebenso wird in § 64 I ArbGG der Passus "der vom Arbeitsgericht festgesetzte" überflüssig.

4. ZPO und SGG⁴⁾ machen die Zulässigkeit der Berufung davon abhängig, daß der hier maßgebliche Wert des Beschwerdegegenstands⁵⁾ eine bestimmte Summe übersteigt, nach § 1 GüBB kommt es dagegen darauf an, daß er sie erreicht, was, zumindest nach dem Wortlaut,⁶⁾ auch für den Streitwert im ArbGG gilt. Es kann dahingestellt bleiben, ob trotzdem das ArbGG de lege lata schon so zu verstehen ist, daß auch hier die Wertsomme überstiegen sein muß,⁷⁾ jedenfalls ist de lege ferenda eine einheitliche Regelung ohne weiteres möglich. Sie wird in der Weise vorgeschlagen, daß allgemein maßgeblich sein soll, ob der Wert des Beschwerdegegenstands die gesetzlich vorgesehene Summe übersteigt.

5. Eine Reihe von Bestimmungen⁸⁾ bringt Ausnahmen von dem in der ZPO normierten Erfordernis der Beschwerdesumme. § 14 I MSchG hat geringe Bedeutung, da es nur wenige Mietverhältnisse⁹⁾ geben wird, bei denen der für den Streitwert maßgebende Jahresmietwert¹⁰⁾ die in der ZPO zur Zeit geltende Beschwerdesumme von 50. - DM¹¹⁾ nicht übersteigt. Soweit das aber doch der Fall ist, wäre ein Berufungsausschluß angesichts des Bagatelcharakters der

1) Bei bloßer Anfechtung der Kostenentscheidung, sh. o. II, bei § 10 ZPO.

2) Dersch-Volkmar § 61, Rdn. 30.

3) Vgl. dazu Knoll S. 82.

4) §§ 511 a I ZPO, 149 SGG; 98 EFGO für die Revision.

5) im EFGO; Streitgegenstands.

6) § 64 I ArbGG.

7) so BAG GS NJW 58, 1891, B.v. 22.5.1958, für § 72 I 4 u. 5 ArbGG.

8) §§ 14 I MSchG; 19 S. 1 GRMG; 9 I BiSchVerfG; 218 BEG in der Fassung vom 29.6.1956 (BGBl. I 562).

9) § 13 IV MSchG.

10) Zur Höhe der Beschwerdesumme sh. sogleich unter 6 !

11) Roquette § 14 Anm. 2.

Streitigkeit vertretbar, so daß § 14 I MSchG entfallen könnte. Im GRMG kann zwar für den Streitwert auch ein geringerer Betrag als die Jahresmiete maßgebend sein.¹⁾ bedeutsame Bedenken gegen den Ausschluß der Berufung entsprechend der normalen Regelung des § 511 a I ZPO bestünden aber auch hier nicht. Das gleiche gilt schließlich für § 9 I BiSchVerfG und für § 218 I BEG. Eine Angleichung an die normale Regelung der ZPO durch Streichung der erwähnten Ausnahmebestimmungen wäre also möglich, ist aber, da es sich um Ausnahmen zugunsten des Rechtsschutzsuchenden handelt, nicht unbedingt geboten.

6. De lege lata differiert noch die Höhe der für die Zulässigkeit der Berufung in den einzelnen Gesetzen maßgeblichen Summe. Wie hoch die Berufungssumme sein soll, hängt von vielerlei Umständen ab, so von der Belastung der Gerichte, die sich aus dem Verhältnis der anfallenden Sachen und ihrer Schwierigkeit zu der Zahl der vorhandenen Richter ergibt, von der Höhe der für die Gerichte verfügbaren Mittel, vom Geldwert.²⁾ An Stimmen zu dieser Frage hat es nicht gefehlt.³⁾ Sie kann im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet werden, da die mitspielenden Umstände zu mannigfaltig und zu wenig übersehbar sind. Dabei ist damit zu rechnen, daß die maßgebenden Umstände für die einzelnen Sparten der Gerichtsbarkeit stets so unterschiedlich sein werden, daß eine Angleichung der Berufungssummen kaum möglich sein wird. Ein schematisches Vorgehen würde dem Gedanken der vernünftigen, Besonderheiten jeder Gerichtsbarkeit beachtenden, Angleichung widersprechen. Für das ArbGG und den EFGO wird zu beachten sein, daß maßgeblich nun der Beschwerdewert sein soll, nicht mehr der Streitwert, was wahrscheinlich eine Herabsetzung der bisherigen Summe rechtfertigen wird.

7. a) Die in § 511 a II ZPO enthaltene ausdrückliche Verweisung auf die §§ 3 - 9 ZPO war notwendig, da die §§ 3 - 9 nicht den für § 511 a maßgeblichen Beschwerdewert, sondern den Streitwert behandeln. Sobald auch im

1) §§ 16 IV GRMG, 10 I 2 GKG (jetzt 12 II GKG), bzw. bei Räumungsklagen § 12 II GKG unmittelbar.

2) In der ZPO hat die Summe mehrfach geschwankt, vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 511 a Anm. I 1, Wieczorek, § 511 a Anm. A I. § 473 EZPO 1931 sah eine Erhöhung auf 100 RM vor.

3) Für Erhöhung der Summe in der ZPO Ernst NJW 52, 1076; Kommission des Deutschen Richterbundes DRiZ 58, 197; Wagner DRiZ 57, 291; dagegen Chemnitz AnwBl. 59, 93 ff. (97).
Für Herabsetzung der Summe im ArbGG Güntner BB 51, 83; dagegen Vorstand des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes in RdA 51, 18.

ArbGG für die Berufung der Beschwerdewert maßgebend ist, gilt § 511 a II ZPO mit seiner Verweisung über § 64 II ArbGG auch hier. Das gleiche gilt über § 133 für den EFGO und § 202 für das SGG, solange hier eigene Bestimmungen für die Streitwertfestsetzung nicht geschaffen sind.¹⁾ Nur im GüBB gilt § 511 a II ZPO nicht, da die Generalverweisung des § 173 VwGO nur für die VwGO selbst Wirkung hat.²⁾ § 1 III GüBB bringt selbst eine Teilregelung für die Wertberechnung.³⁾ Eine Verweisung auf die §§ 3 - 8 ZPO⁴⁾ dürfte sich daneben empfehlen.

b) § 511 a III ZPO über die Glaubhaftmachung kommt künftig bei Maßgeblichkeit des Beschwerdewerts im ArbGG über § 64 II auch da zur Anwendung. Über § 133 EFGO und § 202 SGG gilt er auch in diesen Gesetzen⁵⁾ insoweit, als dem Gericht der Beschwerdewert nur glaubhaft sein muß, nicht aber insofern, als dem Berufungskläger schon aus dem Nichtantritt von Beweisen Nachteile entstehen können, denn dies widerspräche dem Untersuchungsgrundsatz der öffentlich-rechtlichen Verfahrensgruppe.⁶⁾ Wegen Verstoßes gegen den Untersuchungsgrundsatz gilt in diesen Verfahren weiterhin nicht § 511 a III 2. Hbs. ZPO. Klarstellung durch eigene Regelung in GüBB, EFGO und SGG empfiehlt sich.⁷⁾

8. Ergebnis.

Von Nebenvorschlägen abgesehen ergibt sich für die Berufungsbeschränkung mittels Wertgrenze folgendes Ergebnis:

In ZPO,⁸⁾ ArbGG und EFGO wird die Einführung folgender Bestimmung empfohlen:

1) § 127 III EFGO betrifft nur den für die Kostenberechnung nach § 117 EFGO maßgeblichen Streitwert.

2) § 173: "Soweit dieses Gesetz ..." A. A. Koehler § 1 GüBB Anm. II 1-5, der die entspr. Anwendung der §§ 2-9 ZPO schon de lege lata bejaht.

3) § 9 ZPO ist ersetzt durch § 1 III GüBB.

4) Sh. Formulierungsvorschlag unter 8, S. 69.

5) Nicht aber im GüBB, sh. o. Fußn. 2 mit zugehörigem Text.

6) So für die Glaubhaftmachung bei der Wiedereinsetzung nach § 67 II 2 SGG; Peters-Sautter-Wolff, § 67 Anm. 4 c; BSG SozEntsch. Nr. 4 zu § 67, U. v. 19.3.57; BSG 6, 1 (4), U. v. 23.8.57. Bedenklich für den Verwaltungsprozeß Koehler § 60 Anm. XI 4 unter Berufung auf ein BGH-Urteil.

7) Formulierung sh. sogleich unter 8 !

8) In der ZPO anstelle von § 511 a I-III; im ArbGG anstelle von § 64 I "wenn ... erreicht"; im EFGO neu.

§ b

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die
Berufung unzulässig, wenn der Wert des
Beschwerdegegenstands DM nicht übersteigt.

Hierauf folgen in der ZPO die jetzigen Abs. II und III des § 511 a.

Im EFGO folgt als Abs. II:

Der Wert des Beschwerdegegenstands muß für das
Berufungsgericht glaubhaft sein.

§ 1 GüBB wird zunächst¹⁾ in der aus folgender Neufassung ersichtlichen Weise
geändert:

In Streitigkeiten ...
und des Zwangsgeldes mit einem ... DM
nicht übersteigenden Wert des Beschwerde-
gegenstands sowie ... der Ausländer ist die
Berufung gegen Urteile des Verwaltungsge-
richts an das Oberverwaltungsgericht nur zu-
lässig, wenn ...

Als S. 2 in Abs. III:

Im übrigen gelten die §§ 3 bis 8 ZPO entsprechend.

Als Abs. IV: Wie Abs. II im EFGO.

In § 149 SGG²⁾ treten aus rein formalen Angleichungsgründen an die Stelle von
"Beschwerdewert" die Wörter "Wert des Beschwerdegegenstands". Als Abs. II
wird angefügt: Wie Abs. II im EFGO.

V. Einschränkung der Berufungsmöglichkeiten nach Anspruchsarten:

1. VwGO, GüBB.

Neben der Wertsummenbeschränkung kennt § 1 GüBB für gewisse Streitigkeiten
auch einen vollständigen Berufungsausschluß, sofern nicht Zulassung erfolgt.³⁾
Hiergegen sprechen zunächst alle Argumente, die generell gegen den Berufungs-

1) Vgl. weiter unten V 1 !

2) Zur Zulässigkeitsregelung des SGG im übrigen siehe
sogleich unter V !

3) In der Regierungsvorlage noch nicht enthalten.

ausschluß angeführt worden sind.¹⁾ Immerhin kann ein Berufungsausschluß einmal vertretbar sein aus praktischen Gründen in nur kurze Zeit lang gehäuft auftretenden Angelegenheiten, vor allem Kriegsfolgesachen.²⁾ Mit Ausnahme der Wohnraumbewirtschaftungssachen dürften diese Voraussetzungen bei den in § 1 GüBB genannten Angelegenheiten, die mit der Bevölkerungsfuktuation zusammenhängen, jetzt kaum mehr vorliegen. Man kann auch für die Regelung des § 1 GüBB nicht geltend machen, die Berufung werde darin ja gar nicht ausgeschlossen, sondern - wegen der Zulassungsmöglichkeit - nur eingeschränkt. Die Zulassungsgründe zeigen,³⁾ daß die Zulassung nur im öffentlichen Interesse erfolgt, Parteiinteresse, dem die Berufung doch zu dienen bestimmt ist,⁴⁾ rechtfertigt Zulassung und Durchbrechung des Berufungsausschlusses nicht.⁵⁾ Am besten täte man daran, die ganze Regelung zu beseitigen.⁶⁾ Lediglich daß sie von vornherein nur auf fünf Jahre vorgesehen⁷⁾ und möglich⁸⁾ ist, ließe ihre Beibehaltung - mit Bedenken - entschuldigen.

Primär wird vorgeschlagen, in § 1 GüBB den Passus von "sowie auf den Gebieten" bis "und Niederlassungsrecht der Ausländer" zu streichen.

2. SGG.

Im SGG erfolgt die Einschränkung der Berufungsmöglichkeiten sogar in erster Linie nach Sachgebieten und Anspruchsarten.⁹⁾ Die betreffenden Bestimmungen lehnen sich an die Regelung der RVO an.¹⁰⁾

Bei den Leistungen, um die es in den sozialgerichtlichen Streitigkeiten geht, handelt es sich meist um solche, die für die Anspruchsberechtigten von großer Bedeutung, wenn nicht überhaupt existenznotwendig sind. Eine schematische Einschränkung nach einem Beschwerdewert würde gerade die weniger bemittelten Beteiligten, deren Zahl in der Sozialgerichtsbarkeit groß ist, besonders hart

1) sh. o. unter B I 2 a, S. 31 ff.

2) sh. o. unter B I 2 a, S. 34.

3) § 131 II VwGO.

4) Vgl. o. 1. Kapitel, S. 25.

5) Vgl. auch o. unter IV 1, S. 62 f.

6) Ule DVBl. 59, 545 deutet gegen sie auch verfassungsrechtliche Bedenken an.

7) § 4 GüBB.

8) § 131 I 3 VwGO.

9) §§ 144 - 149 SGG.

10) §§ 1696, 1700 RVO. Begründung zum Entwurf einer SGO I B 6, abgedruckt bei Rohwer-Kahlmann im Anhang; Mellwitz, Ergänzungsbd. 1958, § 143 Rdn. 2; Peters-Sautter-Wolff § 143 Anm. 4; Rohwer-Kahlmann, Vorb. 3 b vor § 143.

treffen. Vor allem die Kleinrentner bekämen sie zu spüren, weil sie ihre geringen Sozialleistungen in der Berufungsinstanz nicht mehr verfolgen könnten. Die Berufungsbeschränkung nach einer Wertsumme ist daher für die Sozialgerichtsbarkeit wenig geeignet.¹⁾ Auf der anderen Seite kann die Sozialgerichtsbarkeit ohne eine Beschränkung der Berufung nicht auskommen. Landessozialgerichte und Bundessozialgericht sind ohnehin überlastet.²⁾ Bei der Schaffung des SGG hat man sich daher bemüht, die Berufung zwar zu beschränken, aber doch nur dann, wenn der Streit um Dinge, meist Nebenpunkte, geht, die für die beteiligten Leistungsberechtigten nicht von schlechthin existentieller Bedeutung sind. So schließt § 144 die Berufung bei den in der Regel weniger bedeutsamen einmaligen Leistungen³⁾ und bei wiederkehrenden Leistungen bei einem Zeitraum bis zu 13 Wochen (3 Monaten) aus. So betrifft § 145 Nr. 1⁴⁾ einen Fall, in dem es nur um formelle Fragen geht; schließt § 145 Nr. 2 die Berufung aus, wenn die Rente an sich unstreitig ist⁵⁾ und es nur um ihren Beginn oder um den in der Vergangenheit liegenden⁶⁾ Zeitpunkt geht, bis zu dem sie zu gewähren war, ferner wenn der Streit um Rente für bereits abgelaufene Zeiträume⁷⁾ geht. § 145 Nr. 3 betrifft vorläufige Renten, die Rechtsmittelfähigkeit wird hier auf die endgültige Festsetzung gewissermaßen verschoben. In § 145 Nr. 4 handelt es sich um den Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit, wenn der eingetretene Körperschaden selbst zwischen den Parteien unstreitig ist⁸⁾ und um die Neufestsetzung einer Dauerrente wegen Änderung der Verhältnisse, aber auch hier nur, wenn die Gewährung der Rente überhaupt unstreitig ist.⁹⁾ Die §§ 146 - 148 wiederholen im wesentlichen für die Rentenversicherung, die Arbeitslosenversicherung und -hilfe und die Kriegsopferversorgung entsprechende Gründe. Die Berufungsbeschränkung wird noch dadurch gemildert, daß - von der im öffentlichen Interesse erfolgenden Zulassung ab-

1) Begründung zum Entwurf einer SGO, I B 6, abgedruckt aaO;

Rohwer-Kahlmann, Vorb. 3 b vor § 143.

2) Peters-Sautter-Wolff, § 143 Anm. 4.

3) Beispiele bei Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 144 Rdn. 6;

Peters-Sautter-Wolff, § 144 Anm. 2.

4) für die Unfallversicherung.

5) Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 145 Rdn. 15; Peters-Sautter-Wolff, § 145 Anm. 3 b; Rohwer-Kahlmann § 145 Anm. 2 a.

6) Peters-Sautter-Wolff, § 145 Anm. 3 c.

7) Auf diese Rente ist der Berechtigte zum Leben nicht mehr angewiesen. Es liegt hier ein ähnlicher Gedanke zugrunde wie im Unterhaltsrecht:

"In praeteritum non vivitur."

8) Peters-Sautter-Wolff, § 145 Anm. 5 a; Rohwer-Kahlmann § 145 Anm. 4 a.

9) Peters-Sautter-Wolff, § 145 Anm. 4 b; Rohwer-Kahlmann, § 145 Anm. 4 b.

gesehen ¹⁾ die Berufung unter Durchbrechung der §§ 144 - 149 zulässig ist bei der Rüge wesentlicher Verfahrensmängel ²⁾ und bei Streitigsein des in den Materien der Sozialgerichtsbarkeit besonders wichtigen ursächlichen Zusammenhangs. ³⁾

Ob die Regelung der Berufungsausschlußgründe in allen Teilen glücklich ist, mag bezweifelt werden. So fragt es sich z.B., ob in den Fällen der §§ 144 - 148 die Berufung nicht doch zulässig sein sollte, wenn ein bestimmter Beschwerdewert überstiegen wird. Dies sind indessen Fragen einer Reform der Sozialgerichtsbarkeit, deren Behandlung über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht, die sich lediglich die Untersuchung der Angleichungsmöglichkeiten zum Ziele gemacht hat.

Eine Angleichung des SGG an die anderen Verfahrensgesetze hinsichtlich des von ihm gewählten Systems der Berufungsbeschränkung wird jedenfalls nicht empfohlen, ⁴⁾ da das derzeitige System den Besonderheiten der Sozialgerichtsbarkeit eher gerecht wird als die Wertsummenbeschränkung der übrigen Gesetze. ⁵⁾ Es wird daher vorgeschlagen, die §§ 144 - 149 SGG zu belassen.

E. Ausnahmen von den Berufungseinschränkungen

I. Die Zulassungsberufung.

1. Nach dem ArbGG, ⁶⁾ dem GÜBB ⁷⁾ und dem SGG ⁸⁾ ist unter Durchbrechung von Berufungsbeschränkungen die Berufung dann zulässig, wenn das Gericht erster Instanz sie zugelassen hat. In der ZPO findet sich eine derartige Ausnahme nicht. Nach den genannten Bestimmungen hat die Zulassung bei grundsätzlicher Bedeutung und Abweichung von einer obergerichtlichen Entscheidung zu erfolgen, ⁹⁾ also beim Vorliegen von Kriterien, die nicht einen Maßstab für das private Interesse der Parteien an der Fortsetzung des Rechtsstreits darstellen, sondern für das öffentliche Interesse hieran. Daraus ergibt sich, daß die Zulas-

1) § 150 Nr. 1.

2) § 150 Nr. 2.

3) § 150 Nr. 3.

4) Ebenso Naumann SGBkt. 60, 131.

5) § 144 ohne Abs. II, sh. o. II, S. 58 ; § 149 in der o. IV 8, S. 69 vorgeschlagenen Fassung.

6) §§ 64 I, 61 III.

7) § 1 und 131 VwGO.

8) § 150 Nr. 1; vgl. auch § 100 EFGO für die Revision.

9) Von Besonderheiten des ArbGG - § 61 III - abgesehen.

sung nicht im Interesse der Parteien erfolgt, sondern im öffentlichen Interesse.¹⁾ Durch die Zulassung soll für die betroffenen Fälle zur Förderung der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Berufungsgerichts und²⁾ über die Berufungsinstanz auch eine solche des Revisionsgerichts ermöglicht werden. Denn von den Fällen der zustimmungsbedürftigen Sprungrevision und von dem Fall des § 135 VwGO abgesehen, kann ein Rechtsstreit nur über die Berufungs- in die Revisionsinstanz gelangen. Die Zulassung verhindert also, daß in den Fällen, in denen den Parteien die Berufung in ihrem Interesse genommen ist, nicht jede höchstrichterliche Entscheidung unmöglich wird. Sie korrigiert somit Mängel, die aus der Einschränkung der Berufung für das öffentliche Interesse entstehen und ist deshalb zu begrüßen.

2. Der Einführung der Zulassungsberufung auch in der ZPO steht grundsätzlich nichts im Wege, sie ist möglich und aus den dargelegten Gründen auch hier zweckmäßig und empfehlenswert, vor allem, wenn gleichzeitig die Berufungssumme erhöht wird.⁴⁾ Nur für die in erster Instanz bei den Amtsgerichten anhängigen Sachen empfiehlt sich die Einführung der Zulassungsberufung nicht. Da es für diese Sachen eine Revisionsinstanz nicht gibt, scheidet eine Zulassung der Berufung mit dem Zweck, den Weg in die Revisionsinstanz zu ebnen, hier aus. Auch die Ermöglichung einer landgerichtlichen Berufungsentscheidung durch Zulassung würde nicht im öffentlichen Interesse liegen, da landgerichtliche Entscheidungen angesichts ihrer seltenen Veröffentlichung und des geringen Umfangs der Landgerichtsbezirke der Rechtseinheit und Fortentwicklung des Rechts nur in geringem Maße dienen. Zudem würde der Amtsrichter durch Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zu sehr belastet.

3. ZPO,⁵⁾ EFGG⁵⁾ und SGG fassen in einer Bestimmung im Rahmen der Berufungsvorschriften⁶⁾ die Regelungen darüber zusammen, daß die Berufung⁷⁾ kraft Zulassung zulässig ist und unter welchen Voraussetzungen die Zulassung erfolgt. Zweckmäßigerweise erfolgt eine Angleichung dieser Regelung an die des ArbGG, das die Voraussetzungen der Zulassung beim Inhalt des Urteils erster Instanz

1) Herschel RdA 56, 44; vgl. ferner Mellwitz Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 5; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 2 a; Rohwer-Kahlmann, § 150 Anm. I 1 a.

2) Herschel RdA 56, 44.

3) §§ 566 a ZPO, 76 ArbGG, 134 VwGO, 161 SGG.

4) Für Erhöhung der Berufungssumme auf 300. - DM und Einführung der Zulassungsberufung in der ZPO die Kommission d. Dt. Richter Bundes, DRiZ 58, 197.

5) bei der Revision.

6) § 150 Nr. 1 SGG; bei den Revisionsvorschriften §§ 546 ZPO, 98 EFGG.

7) bei ZPO und EFGG: Revision.

normiert,¹⁾ wo sie sachlich auch hingehören, und bei den Berufungsvorschriften nur ausspricht, daß die Berufung auch zulässig ist kraft Zulassung.²⁾ In der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Zusammenfassung beider Regelungen in der Ermächtigungsnorm des § 131 VwGO vertretbar, da hier nicht die VwGO selbst die - überdies vorübergehende - Berufungsbeschränkung enthält, sondern das GüBB.

4. Nach dem Wortlaut des § 150 SGG muß man annehmen, daß die Zulassung hier - anders als in den übrigen Gesetzen - auch den in § 144 II normierten Berufungsausschluß bei isolierter Kostenanfechtung durchbricht, nicht nur die sonstigen Berufungseinschränkungen, die in §§ 144 I, 145 - 149 enthalten sind. Da hierdurch der Zweck des § 144 II SGG weitgehend vereitelt wird, muß insoweit eingesetzestechnisches Versehen vorliegen, das mit der bereits vorgeschlagenen³⁾ Versetzung des § 144 II SGG in die Kostenvorschriften jedoch korrigiert wird. Bei diesem Anlaß wird generell empfohlen, de lege ferenda in allen Verfassungsgesetzen ausdrücklich⁴⁾ zu sagen, ⁵⁾ welche Zulässigkeitseinschränkungen die Zulassung durchbricht.

5. Voraussetzungen der Zulassung.

a) Nach § 61 III 1 Hbs. 1 hat das Arbeitsgericht über die Zulassung der Berufung nur zu befinden, wenn nach dem im Urteil festgesetzten Wert des Streitgegenstands die Berufung nicht stattfindet. De lege ferenda soll nunmehr⁶⁾ der Wert des Beschwerdegegenstands maßgebend sein. Der Beschwerdegegenstand, der begrifflich niemals größer sein kann als der Streitgegenstand erster Instanz,⁷⁾ wird bestimmt durch die Anträge des Rechtsmittelklägers in erster Instanz,⁸⁾ durch den Inhalt des Urteils erster Instanz⁸⁾ und innerhalb dieser Grenzen durch den Inhalt der Berufungsanträge.⁹⁾ Für die Berechnung seines Wertes ist der Zeitpunkt der Einlegung der Berufung entscheidend.¹⁰⁾ Das Gericht erster Instanz

1) § 61 III ArbGG.

2) § 64 I ArbGG.

3) Sh. o. D II S. 58.

4) nur im GüBB ist das nicht nötig.

5) "Die Berufung ist ungeachtet des § ... zulässig, ..." sh. unter 7.

6) Sh. o. D IV 3, S. 65 f.

7) Rosenberg § 134 II 2 b ; Stein-Jonas-Schönke, § 511 a Anm. II 2; Koehler § 1 GüBB Anm. II zu 1-5.

8) Baumbach-Lauterbach § 511 a Anm. 3 A; Nikisch S. 470; Rosenberg § 134 II 2 b ; Stein-Jonas-Schönke, § 511 a Anm. II 2; Wieczorek § 511 a Anm. B I, B I a.

9) Nikisch S. 470; Rosenberg § 134 II 2 b ; Stein-Jonas-Schönke, § 511 a Anm. II 2.

10) § 4 I ZPO.

weiß bei Urteilserlaß weder, welche Anträge in der Berufungsinstanz gestellt werden, noch welche Umstände der Wertberechnung zugrunde zu legen sein werden; es kann also nicht sagen, ob der Wert des Beschwerdegegenstands die Berufungssumme übersteigt oder nicht. De lege ferenda ist es daher nicht mehr möglich, den Ausspruch über die Zulassung davon abhängig zu machen, ob die Berufung nicht schon nach dem Wert des Beschwerdegegenstands zulässig ist.¹⁾

b) Die ZPO unterscheidet bei der Revision²⁾ zwischen Fällen, in denen das Berufungsgericht die Revision zulassen darf und solchen, in denen es sie zulassen muß. Die gleiche Unterscheidung findet sich im ArbGG³⁾ für die Berufung. Die Fassung von § 131 II VwGO und § 150 Nr. 1 SGG ist nicht ganz zweifelsfrei, doch wird man annehmen müssen, daß sich in beiden Fällen Zulassungszwang und -möglichkeit decken.⁴⁾ Gegen eine Unterscheidung von zulassungsfähigen und zulassungspflichtigen Fällen spricht, daß bei den ersteren den erstinstanzlichen⁵⁾ Gerichten eine doppelte Prüfung auferlegt wird: Sie müssen die Rechtsfrage⁵⁾ beantworten, ob sie zulassen dürfen und die Ermessensfrage,⁶⁾ ob sie zulassen sollen. Da sich für die Beantwortung der zweiten Frage überdies schwer

Kriterien finden lassen werden, besteht die Gefahr, daß durch die Gerichte bei bloßer Zulassungsfähigkeit von der Zulassung ein recht unterschiedlicher Gebrauch gemacht wird. Es besteht auch kein Bedürfnis, etwa bei grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtssache⁷⁾ die Zulassung noch einmal dem Ermessen des Gerichts anheimzustellen, da es nicht schadet, wenn in all diesen Fällen die Berufung möglich ist, auch wenn etwa hinsichtlich der zu entscheidenden Rechtsfragen eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung schon besteht;⁸⁾ die neuen Fälle werden Anlaß zur Überprüfung dieser Rechtsprechung geben.

Es wird daher vorgeschlagen, künftig nur noch Fälle der obligatorischen Zulassung⁹⁾ vorzusehen und dies ausdrücklich hervorzuheben.

1) Zumindest mißverständlich Wieczorek bei der Revision, § 546 Anm. A I a.

2) § 546 II.

3) § 61 III; Dersch-Volkmar § 61 Rdn. 74; Dietz-Nikisch § 61 Rdn. 24.

4) So für das SGG Mellwitz Ergänzungsbd. 1958, § 150 Rdn. 9 m. weiteren Belegen; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 2; Rohwer-Kahlmann, § 150 Anm. I 2.

5) Herschel RdA 56, 42.

6) Herschel RdA 56, 42; Rosenberg § 140 II 2 a; Stein-Jonas-Schönke, § 546 Anm. VI 2 a; Dersch-Volkmar § 61 Rdn. 74; Dietz-Nikisch § 61 Rdn. 24.

7) Fall der Zulassungsfähigkeit der Revision in der ZPO, § 546 II 1.

8) bei Stein-Jonas-Schönke, § 546 Anm. VI 2 a als Beispiel für zweckmäßige Nichtzulassung.

9) Formulierungsvorschlag sh. u. unter 7.

c) Fälle der Zulassung.

aa) Grundsätzliche Bedeutung.

Nach den §§ 61 III 1 ArbGG, 131 II Nr. 1 VwGO und 150 Nr. 1 SGG ist die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache Grund für die Zulassung der Berufung.¹⁾ Eine entsprechende Regelung in ZPO und EFGO, die bei der Revision die Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung schon kennen,²⁾ ist möglich und wird empfohlen. Dabei ist weiterhin auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache abzustellen, nicht einer Rechtsfrage wie nach § 98 I EFGO; der Fall des EFGO wird von der vorgeschlagenen Fassung mit umfaßt.³⁾

bb) Abweichung von einer Entscheidung.

Wenn die §§ 61 III 2 ArbGG und 150 Nr. 1 SGG vorschreiben, daß die Berufung zuzulassen ist bei Abweichung von einer Entscheidung des im Rechtszuge übergeordneten Berufungsgerichts, so ist begrüßenswerter Zweck dieser Bestimmung, eine einheitliche Rechtsprechung im Bezirk des Berufungsgerichts zu gewährleisten.⁴⁾ Es entspricht durchaus einem klaren Aufbau, im Bezirk des Berufungsgerichts die Rechtseinheit auf diese Weise sicherzustellen, eine Stufe höher im gesamten Bundesgebiet dann dadurch, daß das Berufungsgericht bei Abweichung vom Bundesrevisionsgericht die Revision zulassen muß.⁵⁾ Mit diesem Gedanken läßt sich nicht in Übereinstimmung bringen, daß nach § 131 II Nr. 2 VwGO die Berufung nicht nur zuzulassen ist bei Abweichung von einer Entscheidung des übergeordneten OVGs, sondern allgemein bei Abweichung von einer Entscheidung irgendeines OVGs.⁶⁾ Eine Zulassungspflicht in diesem Umfang geht zu weit. Aber auch die Regelung im ArbGG und SGG bringt Schwierigkeiten. Sie erfordert, daß dem erstinstanzlichen Gericht die Entscheidungen des übergeordneten Berufungsgerichts überhaupt zur Kenntnis gelangen, was deren lückenlose Veröffentlichung oder zumindest ihre Mitteilung an die untergeordneten Erstgerichte voraussetzt.⁷⁾ Schon das ist mit Aufwand und Kosten verbunden. Die Regelung erfordert ferner, daß der Richter der ersten Instanz sich über die Rechtsprechung des übergeordneten Berufungsgerichts dann auch stets eingehend informiert, damit er eine Abweichung seiner Entscheidung feststellen kann. Sie bringt ihm also, der über die höchstrichterliche Rechtsprechung ohnehin auf dem lau-

1) Im ArbGG allerdings noch fakultativ, dazu sh. soeben unter b.

2) §§ 546 II 1 ZPO, 98 I EFGO.

3) Vgl. dazu Koehler § 132 Anm. B IV 3; Ule, VwGO § 132 Anm. I 2 a.

4) Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 84; Dietz-Nikisch, § 61, Rdn. 24, 3 b.

5) Vgl. §§ 546 II 2 ZPO; 69 III 2 ArbGG; 132 II Nr. 2 VwGO; 162 I Nr. 1 SGG.

6) Koehler § 131 Anm. III 2; Redeker-Oertzen § 131 Rdn. 8.

7) Mellwitz Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 6; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 2 b; Rohwer-Kahlmann § 150 Anm. I 1 b.

fenden sein muß, eine zusätzliche Belastung. Dabei ist zu bedenken, daß gerade die Untersuchung der Frage, ob eine Entscheidung von einer anderen abweicht, in der Regel großen Arbeitsaufwand erfordert, da der Richter sich in die Gründe der Entscheidung, mit der er die seine vergleicht, eingehend vertiefen muß. Dies alles spricht gegen eine Zulassungspflicht auch nur bei Abweichung von einer Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Berufungsgerichts. Durch ihr Entfallen dürften andererseits schädliche Folgen in Hinblick auf das öffentliche Interesse, um das es bei der Zulassung geht, nicht eintreten, da ja in allen Fällen grundsätzlicher Bedeutung die Zulassung der Berufung ohnehin zur Pflicht gemacht ist. Die VwGO schreibt die Zulassung außerdem vor¹⁾ bei Abweichung von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Auch diese Bestimmung erscheint angesichts der Zulassungsverpflichtung bei allen Rechts-sachen grundsätzlicher Bedeutung überflüssig.

Es wird daher vorgeschlagen, die Pflicht zur Zulassung der Berufung bei Abweichung von der Entscheidung eines höheren Gerichts generell zu beseitigen.

Im ArbGG²⁾ finden sich noch zwei weitere Fälle der obligatorischen Zulassung, geschaffen vor allem³⁾ im Interesse größerer Unternehmen mit weit verzweigten Filialen, wie z.B. größerer staatlicher Unternehmen. Der Zulassungszwang bei Abweichung von einem im Verfahren vorgelegten Urteil, das für oder gegen eine Partei des Rechtsstreits ergangen ist,⁴⁾ soll verhindern, daß solche Unternehmen mit mehreren Betrieben "bei der Regelung ihrer Arbeitsbeziehungen auf die unterschiedliche Auslegung der maßgebenden Vorschriften durch die verschiedenen örtlich zuständigen Gerichte Rücksicht nehmen müssen".⁵⁾ Die Zulassungsverpflichtung bei Streit über die Auslegung eines überörtlichen Tarifvertrags⁶⁾ soll die einheitliche Auslegung der Tarifverträge gewährleisten,⁷⁾ was wiederum für große, weit verzweigte Betriebe von besonderer Bedeutung ist.⁷⁾ Besonders wichtig ist diese Bestimmung in Hinblick auf die weitreichende Rechtskraft, die nach § 8 Tarifvertragsgesetz den rechtskräftigen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen in Tarifvertragsstreitigkeiten beigelegt ist. Beide Vorschriften tragen somit besonderen Eigenheiten gewisser arbeitsrechtli-

1) § 131 II Nr. 2 VwGO.

2) § 61 III 2 u. 3.

3) Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 77, 88; Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 24, 3a und 3c.

4) § 61 III 2 ArbGG.

5) Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 24, 3 a; ebenso Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 77.

6) § 61 III 3 ArbGG. Ein großer Teil dieser Fälle wird schon wegen grundsätzlicher Bedeutung zulassungspflichtig sein.

7) Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 88; Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 24, 3 c.

cher Streitigkeiten Rechnung und sind daher beizubehalten.

6. Überprüfbarkeit der Entscheidung über die Zulassung.

ArbGG und SGG sehen ein eigenes Rechtsmittel gegen die Nichtzulassung der Berufung nicht vor. Nach h. M. ist auch durch das Berufungsgericht im Berufungsverfahren die Berechtigung von Zulassung oder Nichtzulassung nicht nachprüfbar.¹⁾ Lediglich für den Fall, daß die Zulassung offensichtlich gegen das Gesetz verstößt, wird die Meinung vertreten, daß hier eine Bindung des Berufungsgerichts an die Zulassung nicht eintrete.²⁾

§ 131 III, IV VwGO sieht dagegen eine eigene Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Berufung vor.³⁾ Sie dient dazu, eine einheitliche Handhabung der Zulassung zu erreichen.⁴⁾ Daran ist im öffentlichen Interesse gelegen, dem die Zulassungsberufung dient,⁵⁾ aber auch der Parteien wegen, die ja von der Zulassungsberufung im eigenen Interesse Gebrauch machen, auch wenn sie ihnen nicht deshalb gewährt wird.⁶⁾ Freilich erfährt die Berufungsinstanz durch die Nichtzulassungsbeschwerde eine gewisse Mehrbelastung.⁷⁾ Die Beschwerde macht aber nicht allzuviel Arbeit,⁸⁾ denn der Streitfall muß ja nicht entschieden, nicht einmal auf die Erfolgsaussichten untersucht werden,

- 1) Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 64; Dietz-Nikisch § 61 Rdn. 26; Flatow-Joachim § 61 Anm. 10; Müller, Festschrift für Herschel, S. 166 f; Mellwitz Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 8 mit Nachweisen; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 2; Rohwer-Kahlmann § 150 Anm. I 3. Ebenso für die Revisionszulassung in der ZPO: Stein-Jonas-Schönke, § 546 Anm. VI 3 c; Wieczorek, § 546 Anm. A I B 3 und A I B 4. BGHZ 2, 16 ff, B. v. 23.4.1951; BGH NJW 59, 2262, U. v. 14.10.1959.
- 2) Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 64; Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 26; Müller, Festschrift für Herschel S. 168. Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 8 mit Nachweisen; Rohwer-Kahlmann, § 150 Anm. I 3. Vgl. auch Rosenberg § 140 II 2 a, eng Stein-Jonas-Schönke § 546 Anm. VI 3 c mit Nachweisen; BGHZ 2, 396 U. v. 5.7.1951.
- 3) § 98 II - IV EFGO gegen die Nichtzulassung der Revision.
- 4) Begründung zu §§ 130, 131 III - V EVwGO, BT. -Drucks. 55, S. 45, 3. Wahlperiode.
- 5) sh. o. 1, S. 72 f.
- 6) sh. o. 1, S. 72 f.
- 7) deshalb gegen sie Meyer-Hentschel, VerwArch 48, 164; Sellschopp DVBl. 53, 719; vgl. auch Naumann für die Nichtzulassungsbeschwerde bei der Revision in DVBl. 53, 533.
- 8) Grussendorf NJW 60, 12 für die Beschwerde b. Nichtzulassg. d. Revision i. d. ZPO.

vielmehr ist nur zu prüfen, ob die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, was sich leicht absehen läßt.¹⁾ Im übrigen können bei der Behandlung der Beschwerde für das Berufungsgericht Verfahrenserleichterungen vorgesehen werden, wie sie § 131 IV 2 VwGO bereits enthält.

Im Ergebnis wird daher die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde in alle Verfahren empfohlen.²⁾ In der Fassung kann dabei im wesentlichen den §§ 131 III, IV VwGO, 98 II - IV EFGO gefolgt werden, doch sind einige Korrekturen erforderlich. Um Prozeßverschleppungen entgegenzutreten, wird zunächst eine Abkürzung der Beschwerdefrist von einem Monat auf zwei Wochen vorgeschlagen. Weiter ist dem Beschwerdeführer im Falle des § 131 IV 2 VwGO nicht schon von Gesetzes wegen eine Einmonatsfrist zur Gegenäußerung zu gewähren;³⁾ man soll hier dem Gericht freie Hand lassen, eine kürzere Frist zu setzen.⁴⁾ Es ist ferner zu bedenken, daß neben der Beschwerdefrist in aller Regel ja auch die Berufungsfrist läuft, die mit Zustellung des vollständigen Urteils beginnt.⁵⁾ Die Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde kann das Urteil nur dann rechtskräftig machen, wenn auch diese Berufungsfrist schon abgelaufen ist,⁶⁾ denn solange sie läuft, kann Berufung eingelegt werden und auch zulässig sein, als Verfahrensberufung⁷⁾ oder auch als Wertberufung, wenn der Beschwerdewert bis zum maßgebenden Zeitpunkt der Berufungseinlegung⁸⁾ die Wertgrenze überstiegen hat. Dem wird Rechnung zu tragen sein.⁹⁾ Wird der Beschwerde stattgegeben,¹⁰⁾ so kann damit die Berufungsfrist in aller Regel nur von neuem beginnen, da sie ja meistens schon einmal begonnen hatte, nämlich mit Zustellung des Urteils.¹¹⁾ War das Urteil noch nicht oder noch nicht in vollständiger Form¹²⁾ zugestellt, so kann der Beschwerdebescheid diese Mängel auch nicht ersetzen, d. h. er

1) Grussendorf NJW 60, 12; dagegen hat Naumann SGBkt. 60, 131 Bedenken.

2) Gegen ihre Einführung im SGG Naumann SGBkt. 60, 131.

3) Bedenken gegen § 131 IV 2 Hbs. 2 generell hat Sieveking MDR 60, 263, Fußn. 61 a.

4) Formulierungsvorschlag sogleich unter 7 !

5) Sh. u. § 3 D IV 1 a bb, S. 105 .

6) Vgl. Rosenberg § 147 II 1 b

7) Vgl. sogleich unter II, S. 82 ff. und de lege lata schon § 162 I 2 SGG.

8) § 4 I ZPO, sh. o. D IV 7 a, S. 67 .

9) Formulierung des § c IV 3, sh. u. 7 !

10) Vgl. § 131 IV 4 VwGO.

11) daher Formulierung des § c IV 4, sh. u. 7 !

12) sh. u. § 3 D IV 1 a bb, S. 105.

kann die Berufungsfrist nicht in Lauf setzen und es bewendet bei den sonstigen Vorschriften über die Inlaufsetzung der Frist. Auch das ist bei der Formulierung der Bestimmung zu beachten.¹⁾

7. Ergebnis:

In ZPO, ArbGG und EFGO tritt im Anschluß an § b²⁾ nachfolgende Bestimmung ein, im SGG erhält § 150 folgende Fassung:

§ c.

- (I) Die Berufung ist ungeachtet des § b³⁾ zulässig,
1. (gegen landgerichtliche Urteile erster Instanz)⁴⁾ wenn das Landgericht⁵⁾ sie im Urteil⁶⁾ zugelassen hat;
2.
3.⁷⁾
- (II) Die Nichtzulassung der Berufung kann selbständig durch (sofortige)⁸⁾ Beschwerde binnen einer (Not-)⁹⁾ Frist von zwei Wochen nach Zustellung des Urteils angefochten werden. Die Beschwerde ist bei dem Landgericht^{10) 11)} einzulegen. In der Beschwerdeschrift muß die grundsätzliche Bedeutung der Rechts-sache dargelegt werden.
- (III) Die Einlegung der Beschwerde hemmt die Rechts-kraft des Urteils.
- (IV) (§ 577 III findet keine Anwendung.)¹²⁾ Wird der Beschwerde nicht abgeholfen, so entscheidet das

1) sh. § c IV 5, sogleich unter 7 !

2) sh. o. D IV 8, S. 69 .

3) im SGG "ungeachtet der §§ 144 - 149".

4) Klammertext nur in ZPO.

5) bzw. Arbeits-, Finanz-, Sozialgericht.

6) sh. u. II.

7) Nur für SGG, sh. u. IV.

8) Fassung ZPO und ArbGG, da hier nur die sofortige Beschwerde fristgebunden ist.

9) Fassung ZPO und ArbGG, kein sachl. Unterschied gegenüber den anderen

Gesetzen, sh. u. § 3 D III 1, S. 101 ff.

10) bzw. Arbeits-, Finanz-, Sozialgericht.

11) Abweichung von §§ 569 I, 577 II 2 ZPO.

12) Fassung ZPO. Im ArbGG: "§ 577 III ZPO ..."

Oberlandesgericht¹⁾ durch Beschluß.
Der Beschluß bedarf keiner Begründung,
wenn die Beschwerde einstimmig ver-
worfen oder zurückgewiesen wird; in
diesem Falle sind dem Beschwerdefüh-
rer vorher die Bedenken gegen die Zu-
lässigkeit oder Begründetheit seiner Be-
schwerde zur Gegenäußerung mitzu-
teilen. Mit der Ablehnung der Beschwer-
de durch das Oberlandesgericht¹⁾ wird
das Urteil rechtskräftig, es sei denn,
die Berufungsfrist ist noch nicht abge-
laufen. Wird der Beschwerde stattgege-
ben, so beginnt mit der Zustellung des
Beschwerdebescheids der Lauf der Be-
rufungsfrist von neuem, wenn er schon
begonnen hatte. Andernfalls bewendet
es bei den sonstigen Vorschriften.

Diese Bestimmung löst in § 64 I ArbGG den Passus "oder wenn ... zugelassen
hat" ab.

Zwischen §§ 313 II und III ZPO, § 2 III und IV EFGO und 136 I und II SGG,
bzw. zwischen Abs. II und III der von Knoll²⁾ vorgeschlagenen einheitlichen
Bestimmung über den Inhalt des Urteils sowie an die Stelle von § 64 III ArbGG
und § 150 Nr. 1 Hbs. 2 SGG tritt als neuer Absatz:

Das Gericht hat im Urteil die Berufung
zuzulassen, wenn die Rechtssache grund-
sätzliche Bedeutung hat.³⁾ In anderen
Fällen darf es die Berufung nicht zulassen.⁴⁾

§ 131 II VwGO wird wie folgt gefaßt:

1) Landesarbeits-, Oberfinanz-, Landessozialgericht.

2) S. 87.

3) Hier folgen im ArbGG die aufrechterhaltenen Ausnahmen, sh. o.
5 c bb, S. 77 f.

4) Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift muß im amtsgerichtlichen Verfahren
eigens ausgeschlossen werden.

In den Fällen des Abs. I hat das Verwaltungsgericht die Berufung im Urteil zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. In anderen Fällen darf es die Berufung nicht zulassen.

§ 131 III, IV wird gefaßt wie soeben § c II - IV.

II. Ausnahme von Zulässigkeitseinschränkungen bei Verfahrensmängeln:

§ 511 a IV ZPO 1. Modalität bringt eine weitere Ausnahme vom Erfordernis der Berufungssumme, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt; § 150 Nr. 2 SGG durchbricht die Berufungsbeschränkungen, wenn ein wesentlicher Mangel des Verfahrens gerügt wird; § 135 VwGO i. Vbdg. mit § 133 läßt bei bestimmten Verfahrensmängeln die Revision zu, sofern die Berufung durch Gesetz ausgeschlossen ist. Sonst fehlen vergleichbare Bestimmungen bei der Berufung,¹⁾ auch kommt § 511 a IV ZPO nicht über die generellen Verweisungsvorschriften²⁾ zur Anwendung, da hinsichtlich der Berufungszulässigkeit von allen Gesetzen eine Regelung getroffen ist.³⁾

Ist die Wertgrenze nicht erreicht und die Berufung zu Recht auch nicht zugelassen, so ist die Berufung den Parteien versagt, sie müssen auch ein falsches Urteil hinnehmen. Die Beschränkung auf eine Instanz ist aber dann nicht zu rechtfertigen, wenn nicht einmal hier eine ordnungsgemäße Überprüfung des Streitfalls erfolgt ist, weil dem Gericht wesentliche Verfahrensmängel unterlaufen sind. Wenn schon nur eine Instanz, muß diese wenigstens korrekt verfahren haben. Die Überprüfung des Rechtsstreits erster Instanz auf wesentliche Verfahrensmängel muß daher möglich sein, auch wenn sonst ein Rechtsmittel nicht zulässig wäre.⁴⁾ Das Vorliegen oder die Rüge⁵⁾ wesentlicher Verfahrensmängel muß also Anlaß für die Zulässigkeit der Berufung sein, Ausnahme von den Be-

1) Vgl. aber für die Revision §§ 133 VwGO, 99 EFGO.

2) §§ 64 II 1 ArbGG, 173 VwGO, 133 EFGO.

3) So für das ArbGG Dersch-Volkmar § 64 Rdn. 14; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 a.

4) Anders die ZPO bei der Revision: Verfahrensmängel können bei zulässiger Revision geltend gemacht werden, sind aber - mit Ausnahme von § 547 I Nr. 1 - kein Zulässigkeitsgrund; §§ 546, 550, 551, 554 III Nr. 2 b. Vgl. zu dieser Problematik Bettermann NJW 54, 1305 ff.

5) dazu gleich

rufungsbeschränkungen neben der Zulassung.¹⁾²⁾ Dabei ist es nicht gerechtfertigt, die Überprüfbarkeit auf einen³⁾ oder einzelne⁴⁾ wesentliche Verfahrensmängel zu beschränken, vielmehr muß⁵⁾ eine Überprüfung auf alle wesentlichen Verfahrensmängel möglich sein.

Von einem wesentlichen Verfahrensmangel wird man sprechen müssen, wenn das von ihm betroffene Verfahren nicht⁶⁾ als ordnungsmäßige Grundlage der Entscheidung angesehen werden kann.⁷⁾ Ob der Mangel für die Entscheidung auch ursächlich sein muß⁸⁾, ist umstritten,⁹⁾ man wird die bloße Möglichkeit genügen lassen müssen.

Die Verfahrensberufung in diesem Sinne ist in allen untersuchten Verfahren einführbar. Sie bewirkt eine Verfahrenskontrolle und dient damit dem Interesse der Prozeßpartei; ihre bloße Möglichkeit hält zudem die Richter schon in der ersten Instanz zu einem ordnungsgemäßen Verfahren an.⁹⁾

An der Regelung des SGG¹⁰⁾ ist die Streitfrage entbrannt, ob für die Zulässigkeit¹¹⁾ des Rechtsmittels die Rüge des wesentlichen Verfahrensmangels genüge, oder ob dieser tatsächlich vorliegen müsse, soll das Rechtsmittel zu-

1) wie nach §§ 511 a IV ZPO 1. Modalität und 150 Nr. 2 SGG.

2) Dafür auch Bettermann NJW 54, 1309 unter C hinsichtlich der Verfahrensrevision, der vorher - S. 1307 unter V - allerdings auf praktische Schwierigkeiten bei der Verfahrensrevision hinweist und deshalb - S. 1309 unter II - für ihre weitgehende Trennung von der sachlich-rechtlichen Revision eintritt. Vgl. dazu auch Schwinge, S. 211 - 217.

3) § 511 a IV ZPO 1. Modalität.

4) §§ 135, 133 VwGO.

5) wie schon jetzt im SGG.

6) Baumbach-Lauterbach, § 539 Anm. 1 B; Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 10; Rosenberg § 138 III 1 b; Stein-Jonas-Schönke, § 539 Anm. I 1. RGZ 103, 112, U. v. 1. 11. 1921.

7) Dafür: Wieczorek, § 539 Anm. B II a, dagegen Rosenberg, § 138 III 1 b; Stein-Jonas-Schönke, § 539 Anm. I 1.

8) Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 3, Rohwer-Kahlmann, § 150 Anm. II 2 a; BSG 2, 197 (201), U. v. 9. 2. 56.

9) Bettermann NJW 54, 1308; NJW 56, 439.

10) an § 162 I Nr. 2 über die Revision, der aber mit § 150 Nr. 2 wörtlich übereinstimmt.

11) Bettermann NJW 56, 439 und 1387; Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 10.

lässig sein.¹⁾ Für die erste Auffassung spricht schon die Fassung der §§ 150 Nr. 2 und 162 Nr. 2 SGG. Daß bei Vorliegen eines wesentlichen Verfahrensmangels das angefochtene Urteil schon aufgehoben werden kann,²⁾ zeigt weiter, daß dann die Berufung nicht nur zulässig, sondern bereits begründet ist.³⁾ Es ist daher in dieser Hinsicht auch de lege ferenda an der Fassung des SGG festzuhalten.⁴⁾ Zu Recht hat aber Jansen⁵⁾ darauf hingewiesen, daß dann, wenn man die Zulässigkeit der Berufung von der bloßen Rüge eines wesentlichen Verfahrensmangels abhängig macht, der Berufungskläger durch Rüge irgendeines in Wahrheit gar nicht vorliegenden Verfahrensmangels die Zulässigkeit der Berufung erreichen und dann auch materielle Verstöße bekämpfen könne. Auf diese Weise würden die Vorschriften über die Berufungsbeschränkungen glatt umgangen. Diesem Einwand ist Bettermann⁶⁾ schon de lege lata mit der Meinung entgegengetreten, daß das "wenn" in § 162 Nr. 2 SGG stillschweigend durch ein "soweit" zu ersetzen oder zu ergänzen sei. Diese ausdrückliche Ersetzung empfiehlt sich jedenfalls de lege ferenda.

Es wird daher für alle Verfahren außer der VwGO als Nr. 2 des oben⁷⁾ vorgeschlagenen § c folgende Bestimmung empfohlen:

Die Berufung ist ungeachtet des § b⁸⁾ zulässig,

1. ...

2. soweit ein wesentlicher Mangel des Verfahrens
gertügt wird.

§ 10 ZPO (sachliche Unzuständigkeit des Erstgerichts) und § a⁹⁾ (örtliche Unzuständigkeit des Erstgerichts) gehen als *leges speciales* der hier vorgeschlagenen Bestimmung vor.¹⁰⁾ §§ 511 a IV ZPO 1. Modalität und 150 Nr. 2 SGG werden durch sie abgelöst.

1) Haueisen NJW 55, 1857; Jansen NJW 56, 1387; Peters-Sautter-Wolff,

§ 150 Anm. 3, § 162 Anm. 3; BSG NJW 56, 118, U. v. 14. 7. 55.

2) §§ 539 ZPO; 130 I Nr. 2 VwGO; 159 I Nr. 2 SGG.

3) Vgl. weitere Argumente bei Mellwitz und Bettermann, oben Fußn. 11 S. 83.

4) Bettermann NJW 56, 439 hält schon aus logischen Gründen auch den
Gesetzgeber für an seine Auffassung gebunden.

5) NJW 56, 1387.

6) NJW 56, 1389.

7) I 7, S. 80.

8) Im SGG: "... der §§ 144 bis 149 ... "

9) sh. o. D III 2, S. 58 f., vgl. bisher 512 a ZPO.

10) Vgl. für § 551 Nr. 4 ZPO: Baumbach-Lauterbach, § 551 Anm. 5; Stein-Jonas-Schönke, § 551, Anm. II 4; Wieczorek § 551, Anm. B IV b 1 u. B IV b 2.

An § 1 I GüBB kann angefügt werden:

oder soweit ein wesentlicher Mangel des
Verfahrens gerügt wird.

III. § 511 a IV ZPO 2. Modalität:

§ 511 a IV ZPO 2. Modalität durchbricht die Wertsummenbeschränkung der Berufung, wenn es um Ansprüche auf Grund der Beamtengesetze gegen den Fiskus oder Ansprüche gegen den Staat wegen Amtspflichtverletzungen seiner Beamten geht.¹⁾ Man wollte "im Interesse der Allgemeinheit, des Reichs und der Länder"²⁾ die Möglichkeit schaffen, daß diese Sachen - letztlich in der Revisionsinstanz - einheitlich beurteilt und entschieden werden können.³⁾ Diesem Zweck dienen die §§ 71 II, III GVG,⁴⁾ 511 a IV 2. Modalität und 547 I Nr. 2 ZPO. Ein aner kennenswertes Interesse, diesen Sachen den Weg zu höchst richterlichen Entscheidungen zu eb nen, besteht indessen nur dann, wenn sie grundsätzliche Bedeutung haben. In diesen Fällen muß aber die Berufung schon nach der oben⁵⁾ vorgeschlagenen einheitlichen Bestimmung zugelassen werden. In Hinblick hierauf hat die 2. Modalität von § 511 a IV ZPO keine Berechtigung mehr,⁶⁾ so daß⁷⁾ § 511 a IV ZPO entfallen kann. Damit⁸⁾ können auch die §§ 58 II 1 Hbs. 2 Bundesleistungsgesetz,⁹⁾ 59 III 1 Hbs. 2 Landbeschaffungsgesetz,¹⁰⁾ 25 III 1 Hbs. 2 Schutzbereichsgesetz¹¹⁾ und 51 I 2 Patentgesetz¹²⁾ gestrichen werden, die de lege lata die Anwendbarkeit des § 511 a IV ZPO 2. Modalität¹³⁾ für diese Gesetze ausdrücklich ausschließen.¹⁴⁾

1) Vgl. § 71 II, III GVG.

2) RGZ 130, 401 (403), U.v. 9.12.1930.

3) Sh. RG Fußn. 2; ferner RGZ 144, 358 (361), U.v. 29.5.34.

4) Begründung zum EGVG, Hahn, GVG S. 94; Baumbach-Lauterbach,
§ 71 GVG, Anm. 3 A.

5) I 5 c aa, S. 76.

6) Im Ergebnis ebenso Kraemer ZZP 57, 402 f.

7) hinsichtl. der 1. Modalität vgl. soeben II, S. 82 ff.

8) und wenn auch § 547 I Nr. 2 entfällt.

9) v. 19.10.1956 (BGBl. I 815).

10) v. 23.2.1957 (BGBl. I 134).

11) v. 7.12.1956 (BGBl. I 899).

12) v. 5.5.1936/8.7.1953 (BGBl. II 117; BGBl. I 615).

13) und zugleich des § 547 I Nr. 2 ZPO.

14) Was Bettermann ZPO 70, 181 beim BLG und LBeschG f. bedauernswert hält.

IV. § 150 Nr. 3 SGG:

Mit Rücksicht auf die große Bedeutung des ursächlichen Zusammenhangs für die Betroffenen¹⁾ - vor allem in der Unfallversicherung und der Kriegsopferversorgung²⁾ - ist bei seinem Streitigsein die Berufung nach § 150 Nr. 3 SGG zulässig; das gleiche gilt, wenn das Sozialgericht eine Gesundheitsstörung nicht als feststellbar erachtet hat. Diese Bestimmung ist durch die Eigenart der sozialgerichtlichen Materien als Besonderheit des SGG gerechtfertigt.

F. Berufung gegen das Versäumnisurteil:

Über § 64 II 1 ist § 513 ZPO auch im ArbGG anwendbar.³⁾

Für die verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird weitgehend angenommen, daß wegen der hier geltenden Untersuchungsmaxime Versäumnisurteile nicht erlassen werden könnten.⁴⁾ Dabei wird jedoch übersehen, daß nur das Versäumnisurteil gegen den Beklagten in der Verhandlungsmaxime begründet ist, dasjenige gegen den Kläger aber in der Dispositionsmaxime,⁵⁾ die auch das verwaltungs-,⁶⁾ finanz-⁷⁾ und sozialgerichtliche⁸⁾ Verfahren beherrscht. Knoll ist daher zu dem Ergebnis gekommen,⁹⁾ daß die §§ 330 ff. ZPO mit Ausnahme des § 331, der das Versäumnisurteil gegen den Beklagten regelt, in die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand mit geringfügigen redaktionellen Anpassungen übernommen werden können. Aus den gleichen Gründen kann auch § 513 ZPO in diese drei Verfahren übernommen werden. Dabei muß es in § 513 I lediglich statt "der Partei, gegen die" heißen "dem Beteiligten gegen den".¹⁰⁾

1) Begründung zu § 150 ESGO, abgedruckt bei Rohwer-Kahlmann im Anhang; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 4.

2) Begründung zu § 150 ESGO.

3) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 15; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 10, 11; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 a; Stein-Jonas-Schönke, § 513 Anm. IV.

4) Eyermann-Fröhler, § 107 Rdn. 8; Klinger § 107 Anm. C 5; Koehler, § 107 Anm. V 5; Redeker-Oertzen, § 107 Rdn. 14; Peters-Sautter-Wolff, § 110 Anm. 3; weitere Nachweise bei Knoll S. 55 Fußn. 9.

5) richtig Bitter, BayVBl. 58, 46; Knoll S. 56; Linn DVBl. 56, 819; Ule DVBl. 54, 145; a. A. Rupp AöR 85, 192 ff.

6) Sh. o. 1. Abschn. S. 17 f.

7) Dazu o. 1. Abschn. S. 20 .

8) Sh. o. 1. Abschn. S. 21 f.

9) S. 57.

10) Ferner muß es in § 513 I statt "mit der Berufung" heißen: "weder durch Berufung noch durch Anschlußberufung". Vgl. unten § 6 B I 3, S. 124 f.

§ 2. Der Verzicht auf die Berufung

A. § 514¹⁾ ZPO gilt über § 64 II ArbGG bereits im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

B. In den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand ist der Verzicht auf die Berufung ebenfalls möglich.²⁾ Auch hier gilt über die generellen Verweisungsvorschriften³⁾ § 514 ZPO entsprechend.⁴⁾ Die "grundsätzlichen Unterschiede der Verfahren" schließen seine Anwendbarkeit nicht aus, da die Möglichkeit des Rechtsmittelverzichts Ausfluß der Dispositionsmaxime ist, die auch VwGO, EFGO und SGG beherrscht. Im Interesse der Klarheit und um den Unterschied zur Zurücknahme des Rechtsmittels herauszustellen, ist indessen eine positive Regelung in diesen Verfahren vorteilhaft.⁵⁾ Dabei erscheint es zweckmäßig,⁶⁾ zugleich für alle Gesetze die Streitfrage, ob ein Verzicht schon vor Urteilserlaß möglich ist oder nicht, im Sinne der h. M. zu beantworten, die einen solchen Verzicht durch Vertrag zwischen den Parteien für möglich hält.⁷⁾

-
- 1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 27; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 33; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 a.
 - 2) De With S. 51 f. Das folgt für die VwGO aus § 127. Für das SGG Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 156 Rdn. 2; Peters-Sautter-Wolff, § 143 Anm. 1 b. Vgl. ferner für EFGO § 248 AO.
 - 3) §§ 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG.
 - 4) Klinger § 126 Anm. D 3; Koehler § 124 Anm. VI 7.
 - 5) De With S. 52.
 - 6) Wie Rosenberg ZZP 57, 337 es schon bei der Besprechung des EZPO 1931 vorgeschlagen hat.
 - 7) So schon die Begründung zum EZPO, Hahn S. 351, ferner Baumbach-Lauterbach, § 514 Anm. 1; Nikisch S. 472; Rosenberg § 134 II 3 b; Schöнке-Schröder-Niese S. 376; Stein-Jonas-Schöнке, § 514 Anm. I; im Ergebnis Walsmann S. 72. RGZ 70, 59 (60), U. v. 26. 11. 1908; RGZ 104, 133 (135), U. v. 2. 3. 1922; BGHZ 2, 112 (114), B. v. 10. 5. 51. A. A. de lege lata Wieczorek, § 514 Anm. B II e I, B III b - B III b 5.

C. Ergebnis.

Es wird hiernach für die VwGO, den EFGO und das SGG zur Neueinführung¹⁾ und für die ZPO anstelle von § 514 folgende einheitliche Bestimmung empfohlen:

§ d

Die Parteien²⁾ können vor Erlaß des Urteils auf das Recht der Berufung durch Vertrag verzichten. Die Wirksamkeit eines nach Erlaß des Urteils erklärten Verzichts ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtsleistung angenommen hat.

1) nach dem oben § 1 S. 80 vorgeschlagenen § c bzw. nach § 150 SGG.

2) In VwGO, EFGO und SGG "Beteiligten".

§ 3. Die Einlegung der Berufung und die Berufungsbegründung

A. Ort der Berufungseinlegung.

Nach § 518 I ZPO, der über § 64 II 1 auch im ArbGG gilt,¹⁾ ist die Berufung beim Berufungsgericht einzulegen. Die Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand unterscheiden sich in ihrer Regelung, indem sie Einlegung beim iudex a quo mit Fristwahrung im Fall der Einlegung beim iudex ad quem vorsehen²⁾ und umgekehrt³⁾ oder von vornherein die wahlweise Einlegung zulassen.⁴⁾

Für die Einlegung bei dem Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, spricht,⁵⁾ daß dieses dann die Berufung gleich⁶⁾ mit den Akten weiterleiten kann, so daß sich eine eigene Aktenanforderung⁷⁾ für das Berufungsgericht erübrigt. Ferner braucht das Erstgericht vor Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses⁸⁾ nicht erst beim Rechtsmittelgericht ein Notfristzeugnis⁹⁾ zu erholen, da es über eingelegte Berufungen notwendigerweise selbst unterrichtet ist. Beides fällt indessen nicht übermäßig ins Gewicht, da Aktenanforderung und Erholung des Notfristzeugnisses formularmäßig durch die Geschäftsstellen erfolgen. Weitere Bedeutung hat die Einlegung der Berufung beim iudex a quo¹⁰⁾. So findet sie keinen sachlichen Grund darin, daß - wie in der StPO¹¹⁾ - schon der Erstrichter die Berufung in gewisser Hinsicht auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen hat, denn dies ist zu Recht in keinem der untersuchten Gesetze¹²⁾ vorgesehen. Angesichts der pflichtmäßigen Rechtsmittelbelehrung¹²⁾ und des für alle Verfahren in der zweiten Instanz vorgeschlagenen Anwaltszwangs¹³⁾ ist es auch

1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 31; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 b.

2) § 124 II VwGO.

3) § 151 I, II SGG.

4) So § 102 I EFGO für die Revision.

5) Lengler JZ 57, 79.

6) Vgl. §§ 544 I ZPO, 152 I SGG.

7) Lorenz JR 50, 524.

8) Vgl. § 706 I ZPO.

9) Vgl. § 706 II ZPO.

10) Vgl. §§ 319, 346 StPO.

11) Anders § 468 I 2 öZPO, dort ist auch Einlegung beim iudex a quo vorgeschrieben (§ 465 I).

12) Vgl. schon jetzt §§ 9 IV ArbGG, 58 VwGO, 92 III Nr. 6, 57 EFGO, 66 SGG.

13) Sh. o. § 1 B I 2 a, S. 33 .

belanglos, daß die Berufung nicht bei dem Gericht einzulegen ist, mit dem die Beteiligten schon zu tun hatten, sondern bei einem anderen.

Demgegenüber ist die Einlegung der Berufung beim iudex ad quem durch den Anwaltszwang sachlich begründet.¹⁾ Wenn für die zweite Instanz in allen Verfahren der Anwaltszwang eingeführt wird, so ist es wichtig, daß von ihm auch die Einlegung der Berufung schon erfaßt wird. Denn nur dann ist gewährleistet, daß die Beteiligten über die Zweckmäßigkeit und Erfolgsaussichten des Rechtsmittels vernünftig beraten werden, daß die Berufung in der richtigen Form und mit durchdachter Begründung bei Gericht eingelegt und diesem so Arbeit erspart wird. Da der Anwaltszwang nur von der zweiten Instanz an vorgeschlagen ist, würde er die Berufungseinlegung aber nur erfassen, wenn sie zum Berufungsgericht, nicht aber dann, wenn sie zum Erstgericht vorgeschrieben ist. Eine Kombination von Anwaltszwang und der von ihm beherrschten Berufungseinlegung beim iudex a quo wäre nur dadurch möglich, daß für die Berufungseinlegung der Anwaltszwang eigens normiert würde.²⁾ Die hierin liegende weitere Komplizierung der Verfahrensregelung dürfte aber durch die Gründe, die für die Einlegung beim iudex a quo sprachen und, wie oben gezeigt, nur geringes Gewicht hatten, nicht aufgewogen werden. Die Einlegung beim Berufungsgericht erscheint nach all dem als vorteilhafter.

Die Möglichkeit einer wahlweisen Einlegung wie nach § 102 I EFGO ist keinesfalls erforderlich und bringt nur Verwirrung. In Hinblick auf Rechtsmittelbelehrung und Anwaltszwang ist aber auch eine Regelung unentbehrlich, die die Berufungsfrist als gewahrt erklärt, wenn die Berufung nicht bei dem in erster Linie hierfür zuständigen Gericht eingelegt wird, sondern bei dem diesem über-³⁾ oder untergeordneten.⁴⁾ Nur § 13 BiSchVerfG ist als Schutzbestimmung für die Parteien beizubehalten, er bewahrt sie vor Rechtsnachteilen, wenn sie, wie gewohnt, die Berufung gegen ein Urteil des Amtsgerichts (Schiffahrtsgerichts)⁵⁾ beim Landgericht statt beim Oberlandesgericht (Schiffahrtsobergericht) einlegen.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, in allen Verfahren die Einlegung der Berufung beim Berufungsgericht entsprechend der Regelung in ZPO und ArbGG vorzusehen.

1) Kern DRiZ 56, 223; Merkel AnwBl. 55, 182.

2) Vgl. § 89 I 2 ArbGG.

3) § 124 II 2 VwGO.

4) § 151 II SGG.

5) § 11 BiSchVerfG.

Entsprechend könnte im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren § 89 I 1 neu gefaßt werden: "... einer Beschwerdeschrift bei dem Landesarbeitsgericht eingelegt." § 89 I 2 ArbGG würde damit überflüssig. In § 90 I 2 ArbGG kann der Passus "oder durch Erklärung etc." entfallen.

B. Form der Berufungseinlegung

I. Bei Rechtsmittelbelehrung und - de lege ferenda - Anwaltszwang bedarf es nicht mehr der Möglichkeit, die Berufung außer durch Einreichen einer Berufungsschrift auch durch Erklärung zur Niederschrift des Urkundsbeamten einlegen zu können. Soweit das noch vorgesehen ist,¹⁾ können entsprechende Korrekturen vorgenommen werden.

II. Nur die ZPO schreibt vor,²⁾ daß mit der Berufungsschrift eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden soll. Ursprünglicher Zweck der Sollvorschrift war, daß der Vorsitzende über Umfang und Bedeutung der Sache unterrichtet wird und ihm so eine sachgemäße Terminanberaumung erleichtert wird.³⁾ Die Vorschrift ist praktisch bedeutungslos,⁴⁾ da in dem für die Terminsbestimmung in Betracht kommenden Zeitpunkt die nach § 544 I ZPO erhaltenen Akten der ersten Instanz längst vorliegen.⁵⁾ Zudem würde auch in allen Fällen, in denen - zulässigerweise -⁶⁾ nur eine abgekürzte Ausfertigung vorgelegt wird, der Zweck der Vorschrift nicht erreicht werden.⁷⁾ Sie kann daher gestrichen werden.

III. Zweckmäßig für alle Verfahren ist eine dem § 519 a S. 3 ZPO entsprechende Vorschrift, wonach der Berufungskläger die für die Zustellung erforderliche Zahl von beglaubigten Abschriften der Berufungs- und Berufungsbe gründungsschrift zugleich mit diesen einreichen soll. Zwar ergäbe sich diese Regelung in VwGO, EFGO und SGG schon aus der Verweisung auf den ersten Rechtszug,⁸⁾ da sie sich aber an die Parteien wendet, wird sie besser

1) Sh. §§ 124 II 1 VwGO, 151 I SGG und - für die Revision - 102 I EFGO.

2) § 518 III, der über § 64 II 1 auch im ArbGG gilt.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 518 Anm. III 1; Wieczorek, § 518 Anm. C I; OLG Colmar OLG 23, 189, B. v. 26. 11. 1910.

4) Baumbach-Lauterbach, § 518 Anm. 3 a; Wieczorek, § 518 Anm. C I.

5) Baumbach-Lauterbach, § 518 Anm. 3 a; Stein-Jonas-Schönke, § 518 Anm. III 1.

6) arg. § 317 I BZPO; Stein-Jonas-Schönke, § 518 Anm. III 1; OLG Colmar aaO Fußn. 2.

7) Stein-Jonas-Schönke, § 518 Anm. III 1.

8) §§ 125, 81 II VwGO, 70 II EFGO, 153, 93 SGG; Koehler, § 124 Anm. V 7 C.

nochmals ausdrücklich normiert. Anders als in der ZPO gehört sie aber dann zu den Vorschriften über die Einlegung der Berufung und die Berufungsbegründung.¹⁾

IV. § 518 III ZPO schreibt weiter vor, daß mit der Berufungsschrift der Nachweis der Zustellung des Urteils vorgelegt oder angegeben werden soll, daß das Urteil nicht zugestellt sei. Auf diese Weise sollen dem Berufungsgericht die Grundlagen für die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Berufung verschafft werden.²⁾ Zu Recht hat indessen Knoll³⁾ vorgeschlagen, daß⁴⁾ de lege ferenda nach der ZPO auch die Zustellung der Urteile von Amts wegen und nicht mehr im Parteibetriebe erfolgen soll.⁵⁾ Wird dieser Vorschlag⁶⁾ Gesetz, so wird die in Rede stehende Bestimmung der ZPO überflüssig,⁷⁾ weil sich dann die Zustellungsnachweise ohnehin beim Akt befinden und somit nicht vom Berufungskläger vorgelegt zu werden brauchen.

C. Inhalt der Berufungsschrift und Berufungsbegründung

Während die ZPO und das ArbGG⁸⁾ zwischen der Berufungsschrift und der Berufungsbegründung⁹⁾ und auch zwischen einer Berufsungsfrist und einer Berufungsbegründungsfrist unterscheiden, machen VwGO und SGG¹⁰⁾ diesen Unterschied nicht. Die zuletzt erwähnten Gesetze verlangen dabei in der Berufungsschrift Angaben, die nach ZPO und ArbGG erst in der Berufungs-

1) Vgl. Formulierungsvorschlag unter E, § f IV auf S. 108 .

2) Baumbach-Lauterbach, § 518 Anm. 3 b; Stein-Jonas-Schönke § 518 Anm. III 2.

3) S. 97 f.

4) Wie nach den anderen Gesetzen schon jetzt, vgl. §§ 50 I ArbGG, 56 II, 116 I 2 VwGO, 55, 91 II 2 EFGO, 63 II, 135 SGG.

5) So § 414 III ÖZPO, Ebenso § 309 I 1 EZPO 1931. Wie Knoll ferner Held JW 31, 3503; Lengler JZ 57, 80; Lorenz JR 50, 523; Peters, Gruchot 51, 57; Preiser JW 31, 2438; Wieczorek § 317 Anm. A; a. A: Rosenberg ZZP 57, 243; Wolff, JW 31, 2441.

6) auf den im einzelnen im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann; vgl. aber noch einmal unten beim Beginn der Berufsungsfrist, D IV 1 a aa S. 104.

7) Weshalb sie in § 481 EZPO 1931 auch weggelassen ist. Vgl. Begründung zum EZPO 1931, S. 344.

8) §§ 518, 519 ZPO sind über § 64 II im ArbGG anwendbar, Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 31; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 b.

9) die allerdings in jener enthalten sein kann, § 519 II 1 ZPO.

10) §§ 124 II, III VwGO; 151 SGG.

begründung enthalten sein müssen.¹⁾ Die Angaben der Berufungsschrift in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand und diejenigen der Berufungsbegründung in ZPO und ArbGG überschneiden sich also teilweise. Angesichts dieser Sachlage erscheint es zweckmäßig, zuerst einmal zu untersuchen, ob nicht eine Angleichung der erforderlichen Angaben überhaupt möglich ist, zunächst unter Hintanstellung der Frage, ob diese Angaben in die Berufungsschrift oder in eine eigene Berufungsbegründungsschrift gehören.

I. Die Bezeichnung des angefochtenen Urteils wird bereits in allen untersuchten Verfahrensgesetzen verlangt.²⁾ Allein im SGG handelt es sich - zu Unrecht - um eine Sollvorschrift. Eine Angleichung an die übrigen Gesetze ist möglich. Die Berufung muß das angefochtene Urteil bezeichnen, um hinreichend bestimmt zu sein.

II. Allein § 518 II Nr. 2 ZPO schreibt ausdrücklich die Erklärung vor, daß gegen das Urteil Berufung eingelegt werde, ein an sich selbstverständliches Erfordernis, an dessen Einhaltung zu Recht nur geringe Anforderungen gestellt werden.³⁾ Dennoch sollte diese zwingende Vorschrift im Interesse möglichst weitgehender prozessualer Klarheit auch in VwGO, EFGO und SGG eingeführt werden.

III. Die ZPO verlangt erst für die Berufungsbegründung, VwGO und SGG⁴⁾ verlangen für die Berufungsschrift die Stellung von Berufungsanträgen. Dieses Erfordernis ist auch in allen Verfahren notwendig, da von den Berufungsanträgen die Zulässigkeit der Berufung abhängen kann,⁵⁾ die ja in einem eigenen Beschlußverfahren bereits vor der mündlichen Verhandlung überprüft und beurteilt werden können soll.⁶⁾ Überdies bestimmen die Berufungsanträge die

1) Berufungsanträge, Tatsachen und Beweismittel.

2) §§ 518 II Nr. 1 ZPO; 124 III 1 VwGO; 151 III SGG (und 102 III 1 EFGO für die Revision.).

3) Vgl. Begründung zum EZPO, Hahn S. 354; Baumbach-Lauterbach, § 518 Anm. 2 B b; Stein-Jonas-Schönke, § 518 Anm. II 2; Wieczorek, § 518 Anm. B II a, jeweils mit Rechtssprechungsnachweisen. Insbesondere braucht das Wort "Berufung" nicht verwandt zu werden.

4) §§ 519 III Nr. 1 ZPO, 124 III 1 VwGO, 151 III SGG.

5) Hinsichtlich der Frage, ob der Beschwerdewert erreicht ist, ob das Urteil nicht nur im Kostenpunkt angefochten wird, ob ein wesentlicher Verfahrensmangel gerügt wird, ferner bei §§ 145 - 149 SGG.

6) De lege lata vgl. §§ 519 b ZPO, 158 SGG (Vorbescheid); im übrigen sh. u. § 7 A III S. 135 ff.

Grenzen der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits und die Grenzen der zulässigen Abänderung des angefochtenen Urteils.¹⁾ Die verschiedene Fassung von VwGO und SGG auf der einen und ZPO auf der anderen Seite bedeutet keinen sachlichen Unterschied.²⁾ Recht und Pflicht zur Antragstellung sind Ausfluß der Dispositionsmaxime, die in allen untersuchten Verfahren gilt. Der Fassung der ZPO ist wegen ihrer größeren Genauigkeit der Vorzug zu geben.³⁾ Ungerechtfertigt ist es, wenn das SGG das Antragserfordernis lediglich in einer Sollbestimmung normiert. Eine Anpassung an die anderen Gesetze, also die Umwandlung in eine Mußvorschrift, ist hier am Platze.

IV. Berufungsgründe: Als die Novelle 1924⁴⁾ die Berufungsbegründungspflicht in die ZPO einführte, wurde der damit erstrebte Erfolg zunächst nicht erreicht, da die Rechtsprechung in der Folgezeit eine reine Formularbegründung genügen ließ.⁵⁾ Wesentlicher Bestandteil der Novelle vom 27.10.1933⁶⁾ wurde daher das Erfordernis der genauen Darlegung der einzelnen Berufungsgründe in § 519 III Nr. 2, wie es schon in § 482 EZPO 1931 vorgesehen worden war. Zusammen mit den Erfordernissen der Berufungsanträge⁷⁾ und der Anführung der neuen Tatsachen und der Beweismittel⁸⁾ ist es "eine Hauptwaffe des neuen Prozeßgesetzes, um die Parteien zur sorgfältigen Vorbereitung des Streitverfahrens zu erziehen und um die Beschleunigung des Verfahrens durchzusetzen."⁹⁾ Eine bloß formelhafte Begründung genügt nicht mehr, vielmehr ist eine der Eigenart des Falles angepaßte Begründung zu liefern, in der einzeln aufgezeigt wird, was den Berufungskläger am Urteil beschwert und in der dies Punkt für Punkt begründet wird.¹⁰⁾ Dadurch wird erreicht, daß sich der Berufungs-

1) §§ 525, 536, ZPO, 128 VwGO, unvollkommen dagegen 157 SGG. Stein-Jonas-Schönke, § 519 Anm. III 1; Wieczorek, § 519 Anm. C II. Vgl. u. § 7 B, S. 143 ff.

2) Vgl. Koehler § 124 Anm. V 6.

3) Zur Auslegung der Bestimmung vgl. Baumbach-Lauterbach, § 519 Anm. 3 B; Körting AcP 142, 103; Rosenberg § 136 II 2 a; Stein-Jonas-Schönke, § 519 Anm. III 1; Wieczorek, § 519 Anm. C II a 2.

4) vom 13.2.1924 (RBG1. I 135).

5) Vgl. insbes. RG JW 24, 1587, B. v. 4.10.1924; RGZ 109, 89, U. v. 5.11.1924; sh. ferner Körting AcP 142, 93 ff. mit weiteren Rspr. Nachweisen in Fußn. 1 auf S. 94.

6) RBG1. I 780.

7) § 519 III Nr. 1 ZPO.

8) § 519 III Nr. 2 ZPO.

9) RGZ 147, 313 (315), U. v. 30.4.1935.

10) Baumbach-Lauterbach, § 519 Anm. 3 C a; Körting AcP 142, 104 ff; Rosenberg § 136 II 2 b; Stein-Jonas-Schönke, § 519 Anm. III 2; Wieczorek, § 519 Anm. CIII f.

kläger bzw. sein Anwalt genau mit dem erstinstanzlichen Urteil auseinanderzusetzen muß. Leichtfertige und aussichtslose Berufungen werden so eher unterlassen, doch eingelegte sind von Anfang an gut vorbereitet, so daß einer schnelleren Durchführung des Verfahrens der Weg geebnet ist. Die Vorschrift zeitigt somit Wirkungen, die auch für die Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand durchaus wünschenswert sind, welchen dieses Erfordernis fremd ist.¹⁾ Das Erfordernis erwächst aus einem prozessualen Beschleunigungsstreben und findet seine Begründung in der Mitwirkungspflicht der Parteien im Prozeß. Beide Grundsätze sind den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand nicht fremd. Es hat dagegen nichts zu tun mit der Verhandlungs- und der Untersuchungsmaxime, die die Stoffbeibringung betreffen. Dieser Maximen Gegensatz steht daher seiner Einführung in den öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht entgegen.²⁾ Freilich hätte man eine so weitgehende Begründung kaum von den rechtsunglehrten Parteien selbst verlangen können; mit der Normierung des Anwaltszwangs auch in VwGO, EFGO und SGG steht ihrer Einführung hier aber nichts mehr im Wege,³⁾ die in der Formulierung der ZPO daher vorgeschlagen wird.⁴⁾

V. § 519 III Nr. 2 ZPO schreibt weiter zwingend die Angabe der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden vor. Nach den §§ 124 III 2 VwGO und 151 III SGG dagegen sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden. Die Vorschrift der ZPO entspringt wie der Zwang zur Angabe der einzelnen Berufungsgründe⁵⁾ dem Beschleunigungsstreben. Sie hängt aber im übrigen zusammen mit der Verhandlungsmaxime. Wenn auf der einen Seite die Parteien über den Prozeßstoff bestimmen, so ist damit für sie auf der anderen Seite auch die Pflicht zum Tatsachenvortrag und zum Beweisantritt verbunden, es trifft sie eine subjektive Darlegungs- und Beweislast. Kommen sie ihr nicht nach, können schon aus dieser Unterlassung Nachteile für sie entstehen.

-
- 1) Vgl. Mellwitz, § 151 Rdn. 16; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 2 S. III/28; Rohwer-Kahlmann, § 151 Rdn. 17. Klinger § 124 Anm. C 4; Redeker-Oertzen, § 124 Rdn. 21; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 182.
 - 2) ebenso Hamann RiA 55, 102: Begründungszwang ist mit dem Wesen des Verwaltungsprozesses nicht unvereinbar.
 - 3) ebenso Hamann RiA 55, 102.
 - 4) Für Berufungsbegründungszwang in der VwGO auch Tittel DRiZ 60, 105; für Begründungszwang allgemein Leitsatz F 9 a der Kommission des DRB für die Große Justizreform.
 - 5) Sh. o. unter IV S. 94 .

Anders in den öffentlich-rechtlichen Verfahren, die von der Untersuchungsmaxime beherrscht sind. Der Streitstoff wird hier vom Gericht bestimmt. Unterlassen die Beteiligten hier Tatsachenvorträge oder Beweisankünfte, so knüpft sich an diese Unterlassung allein nicht ein formeller prozessualer Nachteil für sie. Allerdings haben sie den Nachteil zu tragen, der für sie daraus entsteht, daß die betreffenden Tatsachen überhaupt nicht gerichtsbekannt werden oder unbeweisbar bleiben (objektive Beweislast).¹⁾ Mit der Geltung der Untersuchungsmaxime wäre daher nicht vereinbar, dieselben Folgen wie in der ZPO daran zu knüpfen, daß die Anführung der neuen Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsbegründung unterlassen worden ist. Aus diesem Grunde hat es in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand bei der Sollvorschrift zu bleiben.

Da eine entsprechende Umgestaltung der de lege lata zwingenden Vorschrift der ZPO diese in ihrer Wirkung unzweckmäßig beeinträchtigen würde, ist eine Angleichung zwischen den beiden Verfahrensbloeken in dieser Hinsicht ausgeschlossen.

Der Begriff der Beweiseinrede in der ZPO kann entfallen, er wird von den "Tatsachen und Beweismitteln" bereits gedeckt.

Auch in den öffentlich-rechtlichen Verfahren hat nur die Anführung der neuen Tatsachen und Beweismittel in der Berufungsbegründung Bedeutung, also nicht derjenigen, die in erster Instanz schon Prozeßstoff waren. Eine Hervorhebung dessen kann daher eine weitere Angleichung an die ZPO bringen.

VI. Die Angabe des Beschwerdewertes verlangt § 519 IV ZPO. Die Sollvorschrift, die bisher wegen der Maßgeblichkeit des Streitwerts im ArbGG²⁾ nicht anwendbar war, wird es über § 64 II 1 sein, wenn, wie vorgeschlagen,³⁾ auch hier künftig der Beschwerdewert maßgebend ist. Sie wird ferner auch für die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand sinnvoll, wenn in ihnen, wie ebenfalls vorgeschlagen,³⁾ der Wert des Beschwerdegegenstands Bedeutung für die Berufungszulässigkeit erlangt.⁴⁾ Ihre Einführung wird daher für VwGO, EFGO und SGG empfohlen.

VII. Berufungsbegründung, Grundsatz.

Die ZPO regelt nicht nur im einzelnen, was die Berufungsbegründung enthal-

1) Ruckriegel DÖV 58, 532.

2) § 64 I.

3) sh. o. § 1 D IV 3, S. 65 f.

4) Wie bereits in § 149 SGG.

ten muß und soll, ¹⁾ sie stellt auch vorher den Grundsatz, daß die Berufung begründet werden muß, in § 519 I eigens heraus. ²⁾ Für diese Regelung spricht, daß dadurch die Notwendigkeit der Berufungsbegründung besonders unterstrichen wird. Sie ist daher allgemein zu übernehmen.

VIII. Die ZPO schreibt in § 518 IV und § 519 V die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Berufungsschrift und die Berufungsbegründung vor. Über die generellen Verweisungsvorschriften ³⁾ ist diese Vorschrift der ZPO auch in den übrigen Gesetzen anwendbar, auf die Berufungsbegründung de lege lata allerdings nur im ArbGG, da die anderen Gesetze eine solche noch nicht kennen. Die Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze sind zu einem kleinen Teil in den betreffenden Gesetzen selbst enthalten, ⁴⁾ im übrigen sind ⁵⁾ die §§ 129 ff. ZPO heranzuziehen. Die Bedeutung der §§ 518 IV, 519 V ZPO ist gering. Die Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze sind zum Teil auf Berufung und Berufungsbegründung nicht anwendbar, weil sie nicht passen ⁶⁾ oder weil speziellere Bestimmungen im Rahmen der Berufsungsregelung vorgehen, ⁷⁾ im übrigen sind es meist wenig bedeutsame Sollvorschriften. Es wird daher auch in Zukunft genügen, wenn nur in der ZPO bei der Berufsungsregelung die ausdrückliche Verweisung auf die Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze erfolgt, die dann über die Generalverweisungen auch in den anderen Gesetzen gilt.

D. Berufsungsfrist und Berufsungsbegründungsfrist

I. Allgemeines. Dauer und Unterscheidung der Fristen.

1. Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, welche Anforderungen an Berufung und Berufsungsbegründung zu stellen sind, ohne daß bisher dahingehend unterschieden wurde, was zum einen und was zum anderen gehört. Sie haben ergeben, daß die Anforderungen in allen Verfahren im wesentlichen gleich gestaltet werden können, ⁸⁾ Es fragt sich jetzt, ob, wie in ZPO und

1) Sh. soeben unter III - IV.

2) Eingef. durch d. Novelle v. 1924. - § 519 I ZPO gilt üb. § 64 II 1 auch i. ArbGG.

3) §§ 64 II 1 ArbGG, 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG.

4) §§ 86 IV, V VwGO; 70 I, II EFGO; 93, 108 SGG.

5) Wiederum über die generellen Verweisungsvorschriften.

6) § 132 ZPO.

7) wie bei § 130 Nr. 2, 3, 5 ZPO.

8) Sh. soeben unter C, S. 92 ff.

ArbGG, für die Berufung und ihre Begründung nacheinander zwei getrennte Fristen laufen sollen, mit der Folge, daß zwischen dem Inhalt von Berufung und Berufungsbegründung unterschieden werden muß; oder ob wie in VwGO und SGG zwischen der Berufung und ihrer Begründung nicht unterschieden werden und für beides nur eine Frist laufen soll. Es fragt sich weiter, wie lange die Fristen dauern, welcher Art sie sein sollen etc. In Hinblick auf die übereinstimmbaren inhaltlichen Anforderungen an die Berufung und ihre Begründung sollte man annehmen, daß weitestgehende Angleichung, in welchem Sinne auch immer, möglich ist. Im folgenden werden einige Gestaltungsmöglichkeiten erörtert und es wird untersucht, welche bei einer Angleichung am besten zugrunde zu legen ist.

a) Möglich ist, Berufungseinlegung und -begründung wie in der ZPO zu trennen und für beides je eine Frist von einem Monat laufen zu lassen.¹⁾ Die Folge dieser Regelung ist, daß bei voller Ausnutzung der Fristen der Berufungskläger für Berufung und Begründung zwei Monate zur Verfügung hat.²⁾ Die ZPO ist das einzige der untersuchten Verfahrensgesetze, das eine derart lange Frist gewährt,³⁾ die zu einer erheblichen Verzögerung bei Beginn des Berufungsverfahrens führt. Erfahrungsgemäß beginnt doch auch derjenige, der eine lange Frist zur Verfügung hat, erst gegen ihr Ende hin, die fristgebundene Erklärung zu fertigen.⁴⁾ Allerdings ist auf der anderen Seite zu bedenken, daß die Zeit für eine gründliche Vorbereitung der Berufungsverhandlung auch ausreichen muß, da eine unter übermäßigem Zeitdruck gefertigte Berufungsbegründung nur Verzögerungen im späteren Verfahren mit sich bringt.⁵⁾ Dennoch ist die nach der ZPO im extremen Fall zur Verfügung stehende Zweimonatsfrist zu lang.⁶⁾

1) Vgl. §§ 516, 519 II 2 ZPO.

2) und überdies noch Verlängerung der Begründungsfrist beantragen kann, § 519 II 2 Hbs. 2 ZPO.

3) Vgl. §§ 66 I ArbGG, 124 II 1 VwGO, 151 I SGG. Nach § 518 ZPO i. d. F. der 4. VereinfVO v. 12.1.1943 (RGB1. I 7), die in der "DDR" noch gilt, muß die Berufung binnen eines Monats, nach § 467 öZPO binnen zweier Wochen (!) eingelegt und begründet werden.

4) Vgl. Begründung zum EZPO 1931, S. 342, der sich aber im Ergebnis für die beiden Fristen von je 1 Mon. entschied.

5) Vgl. Begrdg. zum EZPO 1931, S. 353.

6) Für eine Berufungsfrist von 2 Wochen, mindestens gegen amtsgerichtliche Urteile Rosenberg ZJP 57, 338; für eine zweiwöchige Frist für Berufung einschließlich Begründung Lengler JZ 57, 79; Lorenz JR 50, 524.

b) Das ArbGG unterscheidet Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist und setzt sie in § 66 I auf je zwei Wochen fest. Hier ist also gegenüber der ZPO eine wesentliche Verkürzung erreicht. Zu bedenken ist aber folgendes: Über die Einlegung der Berufung entscheidet man sinnvollerweise erst, wenn man sich über ihre Erfolgsaussichten, die einzelnen Berufungsgründe, die zu stellenden Anträge etc., mit einem Wort über die Berufungsbegründung, wenigstens in großen Zügen klar ist. Die Einlegungsfrist von zwei Wochen ist aber etwas knapp bemessen, um sich darüber genügend klar zu werden. Zu kurz ist also die Einlegungsfrist, nicht die faktisch einmonatige Begründungsfrist.

c) Dauert es somit zu lange, wenn Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist je einen Monat betragen, ist aber andererseits eine Einlegungsfrist von zwei Wochen zu kurz,¹⁾ so liegt es nahe, beide Fristen zusammenzuziehen und wie in der VwGO und im SGG auf einen Monat festzusetzen.²⁾ Diese Monatsfrist wird in aller Regel für die Einlegung und auch für die Begründung der Berufung ausreichen, also dazu, alles, was in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung gegen das Urteil spricht, zusammenzutragen und in der entsprechenden Form vorzubringen.³⁾ Indessen kann dies doch im Einzelfall auf sehr erhebliche Schwierigkeiten stoßen, wenn der Fall z.B. in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung besonders schwierig liegt, wenn es sich "um umfangreiche Ermittlungen, um die Beschaffung privater Sachverständigengutachten handelt, oder die Verbindung mit der Partei über einen oder gar mehrere auswärtige oder gar ausländische Anwälte geht."⁴⁾ In diesen Fällen wäre es wünschenswert, wenn - wie bei der Begründungsfrist der ZPO⁵⁾ - eine Verlängerung der Frist auf Antrag möglich wäre. Nach der derzeitigen Regelung von VwGO und SGG ist das aber nicht der Fall.⁶⁾ Die Beteiligten wären somit bei Versäumung der Frist auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung angewiesen,⁷⁾ ein für die erwähnten schwierigen Fälle unerfreuliches Ergeb-

1) damit erst recht eine zweiwöchige Frist für Einlegung und Begründung wie nach § 467 öZPO, Lengler u. Lorenz aaO Fußn. 6 auf S. 123.

2) ebenso ZPO der "DDR".

3) Körting AcP 142, 109 für die Begründungsfrist der ZPO.

4) Körting AcP 142, 109.

5) § 519 II 2 Hbs. 2.

6) Vgl. §§ 57 II VwGO, 224 II ZPO; 65 SGG, -die Verlängerungsmöglichkeit müßte eigens ausgesprochen sein, Klinger § 124 Anm. D 1; Mellwitz § 151 Rdn. 8; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 151 Rdn. 3.

7) §§ 233 f. ZPO; 60 VwGO; 58 EFGO; 67 SGG.

nis, da der Berufungskläger nicht von vornherein damit rechnen könnte, daß ihm Wiedereinsetzung gewährt wird.

d) Die einheitlich einmonatige Frist müßte also verlängerbar sein. Gesetzestechnisch wäre das ohne weiteres durch eine ausdrückliche Normierung des Inhalts erreichbar, daß die einheitliche Frist verlängert werden kann.¹⁾

Nachteil dieser Lösung wäre aber, daß bei Verlängerung der einheitlichen Frist auch die Zeit für die Einlegung der Berufung verzögert und damit die Entscheidung über Eintritt oder Nichteintritt der Rechtskraft ungebührlich in der Schwebe gehalten würde. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte hierüber aber nach Ablauf einer festen, unverlängerbaren Frist Klarheit bestehen.

e) Die Nachteile aller aufgezeigten Möglichkeiten werden vermieden, wenn für die Einlegung der Berufung und ihre Begründung eine einheitliche Frist von einem Monat festgesetzt wird und deren Verlängerung nur für die Begründung der Berufung, nicht aber für ihre Einlegung, zugelassen wird. Auf dieser Basis wird eine Angleichung der Verfahrensgesetze vorgeschlagen.²⁾

Die neue einheitliche Frist wird zweckmäßig im Wege der Klammerdefinition als "Berufungsfrist" bezeichnet, damit bei den Bestimmungen, die von einer Berufsungsfrist sprechen,³⁾ auch unter der Geltung der neuen Regelung klar ist, was darunter zu verstehen ist. Für diese Bestimmungen muß auch durch einen weiteren Satz klargestellt werden, daß die Frist soweit sie verlängert ist, nicht mehr als "Berufungsfrist" zu gelten hat.⁴⁾

2. § 218 II BEG.

Wenn § 218 II BEG⁵⁾ eine Berufsungsfrist von 3 bzw. 6 Monaten vorsieht, so findet diese Bestimmung ihre Rechtfertigung offenbar darin, daß die Materialbeschaffung in Entschädigungssachen besonders schwierig ist und daß die Kläger zumeist im Ausland leben, so daß schon ein großer Teil der zur Verfügung stehenden Zeit für die Korrespondenz beansprucht wird.⁶⁾ Soll die

1) Wird die einheitliche Frist der ZPO als Notfrist bezeichnet, so steht das nicht entgegen; zwar ist de lege lata keine Notfrist der ZPO verlängerbar, zum Wesen der Notfrist gehört das aber nicht, vgl. §§ 223 II, 224 II ZPO.

2) Formulierungsvorschlag sh. u. E, S. 108 f.

3) Vgl. §§ 517, 521 I, 522 II ZPO.

4) Formulierungsvorschlag sh. u. E, S. 109 .

5) i. d. F. v. 29.6.1956 (BGBl. I, 562).

6) Deshalb auch eine längere Frist bei größerer Entfernung, § 218 II 2 BEG.

bisher praktisch vier- bzw. siebenmonatige Frist für die Begründung erhalten bleiben, müßte bei der hier⁴⁾ vorgeschlagenen einheitlichen Berufungs- und Begründungsfrist § 218 II BEG künftig wie folgt gefaßt werden:

Die Frist für die Einlegung und Begründung der Berufung beträgt 4 Monate. Wohnt der Berufungskläger im außereuropäischen Ausland, so tritt für ihn an Stelle der Frist von 4 Monaten eine Frist von 7 Monaten.

II. Inhalt von Berufungsschrift und Berufungsbegründung.

Der zuletzt unter I 1 e gemachte Vorschlag einer Zusammenfassung von Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist mit Verlängerungsmöglichkeiten lediglich für die Begründung bedingt, daß zwischen dem Inhalt der Berufungsschrift und der Berufungsbegründung unterschieden wird, damit im Falle einer Verlängerung der Frist zum Zwecke der Begründung feststeht, was schon in der einen und was erst in der anderen enthalten sein muß. Keiner weiteren Erörterung bedarf, daß die Bezeichnung des angefochtenen Urteils und die Erklärung, daß Berufung eingelegt werde, in die Berufungsschrift gehören. Ebenso selbstverständlich ist, daß die bestimmte Bezeichnung der einzelnen Berufungsgründe und die Anführung der neuen Tatsachen und Beweismittel in die Berufungsbegründung gehören. Welche Berufungsanträge zweckmäßigerweise zu stellen sind, ergibt sich erst daraus, wie die Berufung im übrigen begründet werden kann; die Berufungsanträge sind "die zusammengedrückte Begründung, die Folgerung aus der Begründung."¹⁾ Sie müssen daher erst bei der Berufungsbegründung, nicht schon in der Berufungsschrift, gebracht werden.²⁾ Endlich genügt die Angabe des Beschwerdewertes in der Berufungsbegründung.

III. Art der einheitlichen Frist.

1. Notfrist.

a) ZPO, ArbGG.

De lege lata ist in der ZPO³⁾ die Berufungsfrist eine Notfrist, nicht aber die

1) Merkel, AnwBl. 55, 182 für die Revisionsanträge.

2) So für die Revision Bettermann NJW 54, 1307 Anm. 25; Merkel, Anw.Bl. 55, 82. Unrichtig noch §§ 57 I, II 1 BVerwGG, 135 II 1 EVwGO, 164 II 1 SGG.

3) und über § 64 II 1 im ArbGG.

4) Sh. soeben 1 e.

Berufungsbegründungsfrist. Es fragt sich, welchen Charakter die neue einheitliche Frist haben soll. Die Berufungsfrist als Notfrist unterscheidet sich nach geltendem Recht von der Berufungsbegründungsfrist dadurch, daß ihr Lauf durch die Gerichtsferien nicht gehemmt wird.¹⁾ Im Interesse einer baldigen Beendigung des Schwebezustands, der während des Laufs der Berufungsfrist für den Eintritt der Rechtskraft besteht, ist dieser Erfolg wünschenswert. Dies spricht also für die Zurechnung der einheitlichen Frist zu den Notfristen. Wenn auf der anderen Seite de lege lata die Begründungsfrist keine Notfrist ist und somit durch die Gerichtsferien gehemmt wird, so nach Stein-Jonas-Schönke²⁾ deshalb, damit nicht der zeitweilige Vertreter des Anwalts die Begründung auszuarbeiten hat. Dieser Zweck wird indessen ohnehin nur unvollkommen erreicht, weil die Begründung der Berufung doch schon bei ihrer Einlegung - soll diese sinnvoll erfolgen - wenigstens in großen Zügen feststehen muß, die Einlegungsfrist wird aber nicht gehemmt. Im übrigen kann dem Bedürfnis nach Ablaufshemmung der Begründungsfrist wegen Abwesenheit des Anwalts, wenn es wirklich ernstlich besteht, im Einzelfall durch Fristverlängerung zum Zwecke der Begründung Rechnung getragen werden. Es wird daher empfohlen, die neue einheitliche Frist in der ZPO als Notfrist zu bezeichnen.³⁾⁴⁾

b) VwGO, EFGO, SGG.

Der Begriff der Notfrist ist diesen Gesetzen fremd, so daß die neue einheitliche Frist hier auch nicht als solche bezeichnet werden kann. Sachliche Unterschiede für die einheitliche Frist ergeben sich aber deshalb gegenüber der ZPO nicht. Sie könnten sich nur ergeben, wo der Begriff der Notfrist in der ZPO von Bedeutung wird. Das ist aber nicht der Fall:

aa) Eine Abkürzung gesetzlicher Fristen durch Parteivereinbarung ist in VwGO, EFGO und SGG generell unzulässig,⁵⁾ so wie es § 224 I ZPO für die Notfristen vorsieht.

1) § 223 II. Dagegen haben beide Fristen gemeinsam, daß gegen ihren Ablauf Wiedereinsetzung möglich ist (§ 233 I) und daß sie beim Ruhen des Verfahrens weiterlaufen (§§ 251 I 2, 233 I).

2) § 519 Anm. II 2 c.

3) Dies gilt auch im ArbGG. Der Unterschied hat aber dort keine Bedeutung, weil das ArbGG keine Gerichtsferien kennt, § 9 I 2 ArbGG.

4) Wird bei der Revision ebenso vorgegangen, wie hier für die Berufung vorgeschlagen, so kann in § 233 I ZPO der Passus "oder die Frist zur Begründung der Berufung oder der Revision" entfallen, da die neue einheitliche Frist schon dem Begriff der Notfrist unterfällt.

5) arg. §§ 57 II VwGO, 56 II EFGO, 65 SGG; Ule, VwGO, § 57 Anm. II.

- bb) Wiedereinsetzung wäre wie in der ZPO¹⁾ gegen die Versäumung der einheitlichen Frist auch nach VwGO, EFGO und SGG möglich.²⁾
- cc) Die Hemmung der einheitlichen Frist in den Gerichtsferien braucht in VwGO, EFGO und SGG nicht erst wie in der ZPO ausgeschlossen zu werden,³⁾ da es Gerichtsferien nach diesen Gesetzen nicht gibt.⁴⁾
- dd) Hält man auch in den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand die Anordnung des Ruhens des Verfahrens⁵⁾ über die generellen Verweisungsvorschriften für möglich,⁶⁾ so verweist § 251 I 2 ZPO weiter auf die in § 233 I bezeichneten Fristen, d. h. also - künftig nur noch -⁷⁾ die Notfristen. Bei entsprechender Anwendung der §§ 251 I 2, 233 I ZPO heißt das, daß in VwGO, EFGO und SGG die gesetzlichen Fristen vom Ruhen des Verfahrens unberührt bleiben, denn, wie in den vorhergehenden Absätzen festgestellt, entsprechen diese prozessual den Notfristen der ZPO.⁸⁾ Die einheitliche Berufungsfrist läuft also in VwGO, EFGO und SGG beim Ruhen des Verfahrens ebenso weiter wie nach der ZPO.

2. Verlängerungsmöglichkeit.

Daß die Verlängerung der zusammengefaßten Berufungs- und Berufungsbeurteilungsfrist in allen Verfahren vorgesehen werden kann und soll, wurde

-
- 1) § 233 I ZPO; vgl. auch oben Fußn. 4 auf S. 102.
- 2) Vgl. §§ 60 I VwGO; 67 I SGG; 58 I EFGO.
- 3) Vgl. § 223 I und II ZPO.
- 4) §§ 199 ff. GVG sind keine Bestimmungen über das Verfahren i. S. der generellen Verweisungsvorschriften der §§ 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG; so Ule, BVerwGG, § 20 Anm. 2 für § 26 BVerwGG; i. E. ebenso Eyermann-Froehler § 173 Rdn. 4; Koehler § 55 Anm. III. Zu Recht enthält daher auch § 57 II VwGO nicht mehr wie noch § 60 II EVwGO die Verweisung auf § 223 I ZPO.
- 5) § 251 ZPO.
- 6) was - das Einverständnis der Parteien vorausgesetzt - richtig sein dürfte. Dafür: für die VwGO Eyermann-Froehler § 94 Rdn. 17; Klinger § 94 Anm. B; Koehler § 94 Anm. B III; Redeker-Oertzen, § 94 Rdn. 20; Ule, VwGO, § 94 Anm. I; OVG Münster DVBl. 60, 780, B. v. 24. 5. 1960 mit weiteren Rechtsprechungsnachw.; für das SGG LSG Baden-Württemberg, Soz. Entsch. I/4 § 68 Nr. 1, B. v. 20. 10. 1955. Dagegen: für das SGG Peters-Sautter-Wolff, § 68 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann, § 68 Rdn. 11.
- 7) Vgl. Fußn. 4 auf S. 102 .
- 8) ebenso Klinger § 94 Anm. B; Koehler § 94 Anm. B III.

schon oben¹⁾ herausgestellt. Über die Verlängerung ist vom Vorsitzenden zu entscheiden.²⁾ Sie ist nur auf Antrag zu gewähren.²⁾ Dabei braucht nicht eigens hervorgehoben zu werden, daß der Antrag vor dem Ablauf der Frist gestellt werden muß,³⁾ denn nach Fristablauf ist ihre Verlängerung schon begrifflich ausgeschlossen.⁴⁾

IV. Lauf der einheitlichen Frist:

1. Beginn.

a) Die Berufungsfrist beginnt schon jetzt nach allen untersuchten Gesetzen mit der Zustellung des Urteils.⁵⁾ Hieran ist auch für die neu vorgeschlagene einheitliche Berufungsfrist festzuhalten.

aa) Dabei erfolgt nach § 317 I ZPO zur Zeit noch die Zustellung des Urteils auf Betreiben der Parteien, in den anderen Gesetzen dagegen von Amts wegen.⁶⁾ Schon oben⁷⁾ wurde in Übereinstimmung mit anderen Autoren vorgeschlagen, auch in der ZPO die Zustellung der Urteile von Amts wegen vorzusehen. Allerdings hat das zur Folge, daß damit den Parteien ein Einfluß auf den Lauf der Rechtsmittelfristen genommen wird. Das kann vor allem dann von Bedeutung werden, wenn nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils zwischen den Parteien Vergleichsverhandlungen schweben. Deren Erfolg wird nämlich dadurch in Frage gestellt, daß, durch den raschen Ablauf der mit Amtszustellung in Lauf gesetzten Rechtsmittelfrist gezwungen, eine der Parteien oder beide vorsorglich ein Rechtsmittel einlegen. Indessen hat Knoll⁸⁾ zu Recht darauf hingewiesen, daß der vom Willen der Parteien unabhängige Ablauf der Rechtsmittelfristen sehr wohl dazu geeignet ist, solche Vergleichsverhandlungen einem rascheren Ende zuzuführen⁹⁾ und überhaupt den ganzen Prozeß zu beschleunigen.¹⁰⁾ An dem Vorschlag, auch in der ZPO die Zustellung der Urteile von Amts wegen einzuführen, ist daher festzuhalten.

1) Vgl. I 1 e, S. 100 und Fußn. 1 auf S. 100.

2) Vgl. §§ 519 II 2 Hbs. 2 ZPO; 139 I 2 VwGO; 164 I 2 SGG.

3) wie in §§ 139 I 2 VwGO und 164 I 2 SGG.

4) Baumbach-Lauterbach, § 519 Anm. 2; Wieczorek, § 519 Anm. B III c 1; RGZ 109, 341 (342) B. v. 16. 12. 1924. Klinger zu § 224 II ZPO bei § 57 VwGO.

5) Vgl. §§ 516 Hbs. 2 ZPO; 124 II 1 VwGO; 102 I 1 EFGO; 151 I SGG.

6) Vgl. o. B IV, Fußn. 4 auf S. 92.

7) B IV, S. 92.

8) S. 98.

9) ebenso Held JW 31, 3503.

10) ebenso Dersch-Volkmar, § 50 Rdn. 29; Siegert S. 21; Begründung zum EZPO 1931 S. 301.

- bb) Nach § 317 II 2, 3 ZPO¹⁾ setzt auch die Zustellung einer abgekürzten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Urteils die Berufungsfrist in Lauf, einer Ausfertigung oder Abschrift also, die weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe enthält. Die Vorschrift ist über die §§ 133 EFGO und 202 SGG auch in diesen Gesetzen,²⁾ wegen § 124 II 1³⁾ aber nicht in der VwGO anzuwenden. Nach den Vorschlägen von Knoll⁴⁾ soll sie in eine neue einheitliche Bestimmung in allen Verfahrensordnungen übernommen werden. Sie hätte zur Folge, daß sich die Partei evtl. über die Einlegung der Berufung und darüber, wie sie diese begründen will, entscheiden muß, bevor sie Tatbestand und Entscheidungsgründe in Händen hat,⁵⁾ ja u. U.⁶⁾ sogar, bevor diese überhaupt schriftlich niedergelegt sind,⁵⁾ ein Ergebnis, das ein sorgfältiges Bedenken der Gründe, die für und gegen die Berufungseinlegung sprechen und eine sorgfältige Berufungsbegründung ausschließt und der Partei, die vorsorglich Berufung eingelegt hat, bei späterer Rücknahme des Rechtsmittels die Kosten überbürdet.⁷⁾ Die Möglichkeit einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist⁸⁾ räumt diese schädlichen Folgen, die sich ja schon bei der Frage zeigen, ob Berufung überhaupt eingelegt werden soll, nicht aus. Es wird daher vorgeschlagen wie in der VwGO zu normieren, daß nur die Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils die Berufungsfrist in Lauf setzt.⁹⁾
- b) Erfolgt künftig auch in der ZPO die Zustellung der Urteile von Amts wegen,¹⁰⁾ so kann damit auf die allein in § 516 letzter Hbs. ZPO enthaltene Bestimmung

1) der über § 46 II 1 ArbGG auch dort gilt, Dersch-Volkmar, § 60

Anm. 27.

2) Knoll S. 104; a. A. für das SGG Rohwer-Kahlmann, § 151 Rdn. 4, Fußn. 1.

3) "... des vollständigen Urteils ..."

4) S. 105.

5) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 516 Anm. II 2 a; Wieczorek, § 516 Anm. B

I c; RGZ 121, 121 (123) U. v. 4. 5. 28; BGHZ 8, 303 (305), U. v. 14. 1. 1953.

6) Vgl. § 315 I 3 ZPO, der nach Knoll S. 105 einheitlich übernommen werden soll.

7) § 515 III 1 ZPO. Auch Pagenstecher S. 16 ff. greift diese Regelung an.

8) auf welche die Begründung zum EZPO 1931 S. 344 in diesem Zusammenhang hinweist.

9) So auch schon § 516 ZPO in d.F. der VO vom 12. 5. 1943 (RGB1. I 292) und noch heute in der "DDR". Vgl. ferner § 552 ZPO.

10) für deren entsprechende Anwendung in der VwGO de lege lata Eyermann-Fröhler § 124 Rdn. 25; dagegen zu Recht Koehler, § 124 Anm. VI 1.

verzichtet werden,¹⁾ daß die Berufungsfrist spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung beginne, wodurch bisher der Verfügungsfreiheit der Parteien über den Beginn der Berufungsfrist eine Grenze gesetzt wurde.

2. Berufungsfrist bei Ergänzungsurteil

Wie die ZPO,²⁾ so kennen auch die VwGO, der EFGO und das SGG ein Ergänzungsurteil,³⁾ die Bestimmungen darüber können nach Knoll⁴⁾ aneinander angeglichen werden. Nur die ZPO gibt aber in § 517, der über § 64 II 1 auch im ArbGG gilt, eine Vorschrift über den Lauf der Berufungsfrist bei Ergehen eines Ergänzungsurteils. Da VwGO, EFGO und SGG insoweit Vorschriften über das Verfahren nicht enthalten, grundsätzliche Verfahrensunterschiede aber nicht entgegenstehen, ist über die §§ 173 VwGO, 133 EFGO und 202 SGG⁵⁾ § 517 ZPO auch in diesen Verfahrensordnungen schon jetzt anzuwenden.⁵⁾ Da es sich um eine Vorschrift handelt, die nicht nur vom Gericht zu beachten ist, sondern vor allem für die Parteien Bedeutung hat, empfiehlt sich aber⁶⁾ ihre ausdrückliche Übernahme. Dabei bedarf aber die Fassung der Vorschrift einiger Verbesserungen. So sind die Worte "innerhalb der Berufungsfrist" zu ersetzen durch "vor Ablauf der Berufungsfrist". § 517 soll ferner nicht zu einer Verkürzung, sondern nur zu einer Verlängerung der für das ergänzte Urteil laufenden Berufungsfrist führen.⁷⁾ Die Inlaufsetzung der neuen Berufungsfrist kann daher dann nicht eintreten, wenn infolge verzögerter oder unterlassener Zustellung des ergänzten Urteils für dieses eine Berufungsfrist überhaupt noch nicht zu laufen begonnen hatte.^{8) 9)} Dies wird in Zukunft durch einen neuen zwischen Satz 1 und 2 einzuschiebenden Satz klarzustellen sein.¹⁰⁾

1) so schon EZPO 1931, vgl. Begründung S. 344.

2) Vgl. § 321, der über § 46 II 1 auch im ArbGG gilt, so Stein-Jonas-Schönke, § 321 Anm. VI, vgl. auch Dersch-Volkmar, § 61 Rdn. 11 u. 33; Dietz-Nikisch, § 61 Rdn. 6 und 20.

3) Vgl. §§ 120 VwGO, 95 EFGO, 140 SGG.

4) S. 112 ff., 116.

5) Für die VwGO Eyermann-Fröhler § 124 Rdn. 27; Klinger § 124 Anm. D 2; Koehler § 124 Anm. VI 6.

6) Vgl. dazu Lent NJW 54, 1585 ff.

7) RAG JW 37, 2863, U. v. 26. 5. 1937.

8) Ebenso Wieczorek, § 517 Anm. B I b 2 und 3.

9) Hier lief die Berufungsfrist ja auch nicht "von neuem".

10) Vgl. Formulierungsvorschlag unter E, S. 109.

3. Der Zusammenhang zwischen Fristenlauf und Rechtsmittelbelehrung¹⁾ kann hier nicht behandelt werden. Dies muß einer vergleichenden Untersuchung der allgemeinen Verfahrensvorschriften vorbehalten bleiben. Eine einheitliche Regelung wäre wünschenswert und dürfte möglich sein.

E. Ergebnis:

Als Ergebnis der in § 3 angestellten Untersuchungen lassen sich die im folgenden angeführten neuen einheitlichen Bestimmungen formulieren.²⁾ Sie treten an die Stelle der §§ 516, 517, 518 I, II, IV, 519 a S. 3 ZPO,³⁾ 124 II, III VwGO und 151 SGG. Sie sind neu für den EFGO. Im ArbGG sind sie über § 64 II 1 anwendbar als Bestimmungen der ZPO, hier soll es bei der Generalverweisung bewenden.⁴⁾

§ e

Einlegung der Berufung

- (I) Die Berufung wird durch Einreichung der Berufungsschrift bei dem Berufungsgericht eingelegt.
- (II) Die Berufungsschrift muß enthalten:
 - 1. die Bezeichnung des angefochtenen Urteils,
 - 2. die Erklärung, daß gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde.

§ f

Begründung der Berufung

- (I) Die Berufung ist zu begründen.
- (II) Die Berufungsschrift oder ein von ihr getrennter Schriftsatz muß daher ferner enthalten:
 - 1. Die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge);

1) Vgl. dazu die §§ 9 V ArbGG, 58 VwGO, 57 EFGO i. Vbdg. m. 92 III Nr. 6, 66 SGG; vgl. ferner Körner NJW 60, 1184 ff.

2) Weitere Einzelergebnisse im Text.

3) außerdem entfällt § 518 III.

4) die nach Lent NJW 54, 1585 im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu rechtefertigen ist, da dieses nur eine Abart des Zivilprozesses ist.

2. ¹⁾ Die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) sowie der neuen Tatsachen und Beweismittel, die die Partei ²⁾ zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat.
- (III) ³⁾ Außerdem soll der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Beschwerdegegenstands angegeben werden, wenn von ihm die Zulässigkeit der Berufung abhängt.
- (III) ⁴⁾ Außerdem sollen angegeben werden:
1. Die neuen Tatsachen und Beweismittel;
 2. der Wert des nicht ... ⁵⁾
- (IV) Der Beschwerdeführer soll zugleich mit der Berufungsschrift und der Berufungsbegründungsschrift die für die Zustellung erforderliche Zahl von Abschriften einreichen.
- (V) ⁶⁾ Die allgemeinen Vorschriften über die vorbereiteten Schriftsätze sind auch für die Berufungsschrift und eine von ihr getrennte Berufungsbegründungsschrift anzuwenden.

§ g

Berufungsfrist

- (I) Die Frist für die Einlegung und Begründung der Berufung (Berufungsfrist) beträgt einen Monat. Sie (ist eine Notfrist und) ⁷⁾ beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils.

1) Fassung in der ZPO. In VwGO, EFGO und SGG entfallen die Worte "sowie der neuen Tatsachen und Beweismittel".

2) In VwGO, EFGO und SGG: "der Beteiligte zur Rechtfertigung seiner Berufung ..."

3) Fassung in der ZPO.

4) Fassung in VwGO, EFGO und SGG.

5) Forts. sh. Abs. III Fassung ZPO ohne die Worte "angegeben werden".

6) nur in der ZPO.

7) Klammertext nur in der ZPO.

- (II) Zum Zwecke der Berufungsbegründung (§ f) kann die Frist auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Der auf Grund einer Verlängerung zusätzlich laufende Fristabschnitt gilt nicht als Berufungsfrist im Sinne dieses Gesetzes.

§ h

Berufungsfrist bei Urteilsergänzung

Wird vor Ablauf der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321),¹⁾ so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem. Diese Wirkung tritt nicht ein, wenn die Berufungsfrist für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil in dem Zeitpunkt noch nicht zu laufen begonnen hatte, in dem die Zustellung der nachträglichen Entscheidung erfolgt. Wird gegen beide Urteile von derselben Partei²⁾ Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen miteinander zu verbinden.

1) bzw. die entsprechenden Bestimmungen von VwGO, EFGO und SGG.

2) in VwGO, EFGO und SGG: "von demselben Beteiligten".

§ 4. Die Wirkung der Berufungs-
einlegung

A. Der Berufung als einem Rechtsmittel ist in allen untersuchten Gesetzen eigen, daß ihre Einlegung den Eintritt der Rechtskraft hemmt (Suspensiv-effekt)¹⁾²⁾ und daß mit ihrer Einlegung die Zuständigkeit zur weiteren Be-handlung der höheren Instanz anfällt (Devolutiveffekt).³⁾ Durch eigene Be-stimmungen im Rahmen der Berufsungsregelung braucht dies nicht hervorge-hoben zu werden.

B. § 154 SGG.

In § 154 SGG ist die Rede von einer aufschiebenden Wirkung der Berufung, die nur in besonderen Fällen eintrete. Hierin ist nicht eine Spezialregelung des Suspensiveffekts für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit zu sehen.

§ 154 SGG betrifft nämlich nicht die Frage, ob die Einlegung der Berufung den Eintritt der Rechtskraft hemmt. Das ist in der Sozialgerichtsbarkeit nicht anders wie in den übrigen untersuchten Verfahren der Fall. § 154 SGG betrifft vielmehr die Frage,⁴⁾ ob die Einlegung der Berufung die Vollstrek-kung aus dem erstinstanzlichen Urteil hindert und in welchem Umfange. Nach dem SGG, das eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht kennt,⁵⁾ kann nämlich aus allen "gerichtlichen Entscheidungen" vollstreckt werden,⁶⁾ "soweit nach den Vorschriften dieses Gesetzes kein Aufschub eintritt".⁶⁾

Um eine solche Aufschubregelung handelt es sich in § 154 SGG. Die Bestim-mung würde besser aus der Berufsungsregelung genommen und der Vollstrek-kungsregelung einverleibt, in deren sachlichen Zusammenhang sie gehört.

-
- 1) Dagegen hat die Frage, ob sie auch die Zwangsvollstreckung aus dem erst-instanztlichen Urteil unmöglich macht, unmittelbar nichts mit dem Suspen-siveffekt zu tun; unrichtig Mellwitz § 66 Rdn. 3.
 - 2) Rosenberg § 132 I 2 a; Stein-Jonas-Schönke, Einl. V vor § 511;
Wieczorek § 511 Anm. A I a; Dietz-Nikisch, Vorb. vor § 64 Rdn. 8;
Klinger Einf. A III vor § 124; Koehler § 124 Anm. II 1;
Mellwitz § 66 Rdn. 3; Peters-Sautter-Wolff, § 143 Anm. 1 a;
Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 11.
 - 3) Rosenberg § 132 II 2 b; Wieczorek § 511 Anm. A I b; im übrigen wie Fußn. 2.
 - 4) Vgl. Mellwitz (unklar), Anm. zu § 154; Peters-Sautter-Wolff, Anm. zu § 154; Rohwer-Kahlmann, Anm. zu § 154.
 - 5) § 198 II SGG.
 - 6) § 109 I Nr. 1 SGG.

§ 5. Die Zurücknahme der Berufung

A. Die Möglichkeit der Zurücknahme

I. Allgemeines

Die Zurücknahme der Berufung ist "der Widerruf des mit der Einlegung des Rechtsmittels gestellten Gesuches, Rechtsschutz durch Nachprüfung des angefochtenen Urteils zu gewähren".¹⁾ Die Möglichkeit der Berufungsrücknahme ist wie die der Klagerücknahme Ausfluß der Dispositionsmaxime. Folgerichtig besteht sie nicht nur in der ZPO und im ArbGG, sondern auch in den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand.

ZPO und ArbGG stimmen bereits überein.²⁾ Von der Regelung in diesen Gesetzen unterscheiden sich dagegen in einigen Punkten diejenigen in VwGO, EFGO und SGG,³⁾ die auch untereinander differieren. Da die Berufungsrücknahme eine Prozeßhandlung der Partei ist, empfiehlt es sich, sie nicht nur durch eine generelle Verweisung auf die Klagerücknahme zu regeln, wie das z. Zt. noch der EFGO bei der Revisionsrücknahme vorsieht,⁴⁾ sondern durch eine eigene Bestimmung.

II. Die Zeit der Zurücknahme

1. Es versteht sich von selbst,⁵⁾ daß die Berufung erst nach ihrer Einlegung zurückgenommen werden kann. Dies bedarf wie schon bisher in allen untersuchten Gesetzen keiner ausdrücklichen Regelung.

2. Bis zu welchem Zeitpunkt die Zurücknahme, ungeachtet aller Einwilligungserfordernisse, möglich ist, hebt die ZPO nicht ausdrücklich hervor, nach § 126 I 1 VwGO besteht die Möglichkeit bis zur Rechtskraft des Urteils, nach § 156 I SGG dagegen bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung. Für die ZPO werden verschiedene Auffassungen vertreten. Nikisch⁶⁾ meint, die Zurücknahme sei bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung möglich. Die

1) Rosenberg § 135 VI 1.

2) § 515 ZPO ist über § 64 II 1 auch im ArbGG anwendbar; Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 27; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 33.

3) §§ 126 VwGO, 156 SGG, §§ 107, 73 EFGO für die Rücknahme der Revision.

4) §§ 107, 73 EFGO.

5) Rosenberg § 135 VI 2 b, auch zum frühesten Zeitpunkt bei Teilrücknahme; Rohwer-Kahlmann, § 156 Rdn. 5.

6) S. 471.

herrschende Meinung¹⁾ stellt auf die Beendigung der Berufungsinstanz ab. Dabei wird allerdings - insoweit ist innerhalb dieser h. M. zu differenzieren - die Zurücknahme teilweise nur²⁾ bis zum Erlaß des Berufungsurteils zugelassen, teilweise darüberhinaus³⁾ bis zur Einlegung der Revision bzw. zum Eintritt der Rechtskraft nach Ablauf der Revisionsfrist. Da die Rücknahme der Berufung der Widerruf des Gesuchs um Nachprüfung des angefochtenen Urteils ist,⁴⁾ muß sie jedenfalls möglich sein, solange dieses Gesuch noch nicht mit Abschluß der Nachprüfung, d.h. mit Erlaß des Berufungsurteils, erledigt ist. Deshalb ist Nikisch⁵⁾ schon de lege lata nicht beizupflichten und deshalb ist auch die Regelung des SGG verfehlt. Die Rücknahme muß über den Schluß der mündlichen Verhandlung hinaus mindestens bis zum Erlaß der Berufungsendentscheidung möglich sein. Es fragt sich nur, ob sie nicht auch danach noch bis zur Einlegung der Revision⁶⁾ bzw. bis zur Rechtskraft des Berufungsurteils nach ungenutztem Ablauf der Revisionsfrist⁷⁾ zulässig sein soll. Dagegen spricht, daß die Nachprüfung des angefochtenen Urteils, um die mit der Einlegung der Berufung nachgesucht worden ist, schon mit dem Erlaß der Berufungsendentscheidung endgültig abgeschlossen ist. Diesen Zeitpunkt als äußerste Grenze für die Berufungszurücknahme anzusehen, ist daher am meisten sachgerecht und zwar sowohl de lege lata für die Auslegung der ZPO als auch de lege ferenda für eine neue einheitliche Regelung.⁸⁾ Diese neue Regelung würde auch noch, wie man schon bisher für die ZPO annahm,⁹⁾ die Rücknahme dann gestatten, wenn die Sache

1) Vgl. die beiden folgenden Fußn.

2) Wieczorek, § 515 Anm. B III b; RG HRR 1935, 1426 v. 2. 5. 1935; offenbar auch Rosenberg, § 135 VI 2 b, da er diese Entscheidung zitiert. Offen RG HRR 1930, 1157 v. 20. 3. 1930 und RAG 8, 333, U. v. 17. 6. 1931.

3) Baumbach-Lauterbach, § 515 Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 2.

4) Sh. o. I.

5) Vgl. Fußn. 6 auf S. 111.

6) Dann ist die Rücknahme der Berufung schon deshalb nicht mehr möglich, weil die Berufungsbestimmungen durch die Revisionsbestimmungen "absorbiert" sind, so RG HRR 1930, 1157, v. 20. 3. 1930; vgl. auch RAG 8, 333, U. v. 17. 6. 1931.

7) diesen Fall meint § 126 I 1 VwGO. Klinger § 126 Anm. A 1; Redeker-Oertzen, § 126 Rdn. 3.

8) und nun auch für die ZPO ausdrückliche

9) Formulierungsvorschlag sh. unter E, S. 119.

10) Baumbach-Lauterbach, § 515 Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 2; Wieczorek, § 515 Anm. B III b.

durch Zurückverweisung wieder in die Berufungsinstanz gelangt ist oder wenn gegen ein Versäumniurteil in der Berufungsinstanz Einspruch eingelegt ist, da in beiden Fällen ja der Erlaß einer Berufungsentscheidung - wieder - bevorsteht.

Für das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren ergibt sich, daß in § 89 IV 1 ArbGG an Stelle von "jederzeit" eingefügt werden kann "bis zum Erlaß der Endentscheidung des Landesarbeitsgerichts".

III. Einwilligungserfordernisse

1. Notwendigkeit der Einwilligung des Berufungsbeklagten.

a) Nach Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten kann die Berufung gemäß § 515 I ZPO nur noch mit Einwilligung des Berufungsbeklagten zurückgenommen werden. In § 126 I 2 hat die VwGO eine ähnliche Bestimmung, dagegen fehlt Entsprechendes im SGG.

Die Bestimmung der ZPO steht in engem ¹⁾ Zusammenhang mit dem Institut der (unselbständigen) Anschlußberufung. Denn mit Rücknahme der Berufung verliert eine schon eingelegte unselbständige Anschlußberufung nach § 522 I ZPO ihre Wirkung, kann eine vom Berufungsbeklagten geplante nicht mehr eingelegt werden. Deshalb, aber auch um etwa auf den Klageanspruch noch verzichten, ²⁾ bzw. ihn anerkennen, ihn erweitern oder Widerklage erheben zu können, ²⁾ gibt das Gesetz dem Berufungsbeklagten mit dem Einwilligungserfordernis ein Recht auf Prozeßfortführung. ²⁾ Mit anderen Worten: Der Berufungskläger greift durch Einlegung der Berufung in den Rechtskreis des Berufungsbeklagten ein. Dieser stellt sich darauf ein, indem er bestimmte Maßnahmen vorbereitet, ergreift. Das Gesetz schützt ihn nun davor, dies alles umsonst getan zu haben. Der Berufungskläger darf also zwar Berufung einlegen, doch muß er wegen des damit verbundenen Eingriffs in den Rechtskreis des Berufungsbeklagten in Kauf nehmen, daß er von einem bestimmten prozessualen Moment an durch Rücknahme über sein Rechtsmittel nicht mehr unbeschränkt verfügen darf.

Das Gesagte gilt in gleicher Weise für VwGO, EFGO und SGG. Auch die von

1) Begründung zum EZPO, Hahn S. 351; Rosenberg, § 135 VI 3 b; Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 1; Wiczorek, § 515 Anm. B I b; RG 85, 83 (86) U. v. 23.5.1914. Die öZPO, die keine Anschließung kennt, verlangt auch keine Einwilligung, § 484.

2) Wiczorek, § 515 Anm. B I b.

diesen Gesetzen geregelten Verfahren kennen eine Anschlußberufung,¹⁾ auch hier treffen die Erwägungen darüber zu, daß sich der Berufungsbeklagte auf die Berufung einstellt und deshalb Interesse an einem Recht auf Prozeßfortführung hat. Die VwGO kennt denn auch das Einwilligungserfordernis. Allerdings ist in § 126 I 2 VwGO von der Einwilligung "des Beklagten" die Rede. Dabei muß es sich um ein Redaktionsversehen handeln, denn der Beklagte kann ja der Berufungskläger sein, es kommt aber auf die Einwilligung des Berufungsbeklagten an.²⁾ In den EFGO und das SGG kann das Erfordernis der Einwilligung des Berufungsbeklagten übernommen werden.

b) Während die ZPO die Einwilligung des Berufungsbeklagten von Beginn seiner mündlichen Verhandlung an verlangt, ist nach der VwGO die Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung maßgebend. Für den Zivilprozeß - und das gleiche muß für die anderen Verfahren gelten - besteht Einigkeit darüber,³⁾ daß die Verhandlung des Berufungsbeklagten über die Zulässigkeit der Berufung nicht genügt, "da der Berufungsbeklagte, der die Verwerfung als unzulässig beantragt, nicht zugleich Entscheidung über die Berufungsanträge verlangen und den Gegner an der Berufung festhalten kann".⁴⁾ Das Verlesen der Berufungsanträge reicht daher - "eben weil sich daran eine Erörterung über die Zulässigkeitsfrage anschließen kann - nicht aus, um die einseitige Rücknahme auszuschließen".⁵⁾ Nur wenn der Gegenantrag ausdrücklich auf Zurückverweisung der Berufung als unbegründet lautet oder ein Anschlußberufungsantrag gestellt wird,⁶⁾ wird die Einwilligung für die Berufungszurücknahme bereits erforderlich.⁷⁾ Da in der Regel also die bloße Antragstellung die Möglichkeit der Berufungsrücknahme ohne Einwilligung noch nicht beendet, ist die Fassung der VwGO zu eng und derjenigen der ZPO ist - mit der Auslegung, die man ihr bisher gab - allgemein der Vorzug zu geben.

1) VwGO § 127. Im SGG sind über § 202 die §§ 521 ff. ZPO anwendbar, Melchitz Ergänzungsband 1958, § 143 Rdn. 6 ff; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 12 ff, jeweils mit weiteren Belegen. Im EFGO naturgemäß bis jetzt nur Anschlußrevision, § 105.

2) Ebenso Koehler § 126 Anm. II.

3) Baumbach-Lauterbach, § 515 Anm. 2 A a; Rosenberg, § 135 VI 3 b; Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 1; Wieczorek, § 515 Anm. B I a 2.

4) Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 1.

5) Vgl. Fußn. 4.

6) RG 85, 83 (86) U. v. 23.5.1914.

7) Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. I 1.

2. Einwilligung des Vertreters des öffentlichen Interesses.

Nach § 126 I 2 VwGO ist für die Zurücknahme der Berufung nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung nicht nur die Einwilligung des "Beklagten" nötig, sondern auch diejenige des Vertreters des öffentlichen Interesses, wenn ein solcher an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hatte. Wenn dem Berufungsbeklagten ein Recht auf Prozeßfortführung mit der Einwilligungserfordernis gegeben wird, so geschieht dies mit Rücksicht auf dessen Interesse am Fortgang des Verfahrens und an einer gerechten Entscheidung. An die Einwilligung des VöI dagegen wird die Rücknahme geknüpft, damit dieser eine Fortführung des Prozesses durchsetzen kann, die im öffentlichen Interesse liegt, der Verwaltungskontrolle dient. Um die Interessen eines einzelnen Prozeßbeteiligten geht es dabei nicht. Allein aus diesen Gründen den Berufungskläger an einer Berufung festzuhalten, die er nicht mehr betreiben will und gegen deren Rücknahme der Berufungsbeklagte nichts einzuwenden hat, geht indessen zu weit. Der Wahrung des öffentlichen Interesses soll der Verwaltungsprozeß nur mittelbar dienen, indem er den Rechten der einzelnen zum Durchbruch verhilft und nicht darüber hinaus.¹⁾ Glauben die Parteien, ihr Recht gefunden zu haben oder sich mit dem Urteil begnügen zu können, so widerspricht es dem Prozeßzweck und der Dispositionsmaxime, sie zur Fortsetzung des Verfahrens zu zwingen. Die fragliche Bestimmung der VwGO hat daher zu entfallen.²⁾

B. Die Erklärung der Rücknahme

I. Nach § 515 II 1 ZPO ist die Zurücknahme dem Gericht gegenüber zu erklären. VwGO und SGG treffen darüber zwar keine ausdrückliche Bestimmung, doch gilt sachlich auch hier nichts anderes.³⁾ Zur Klarstellung kann die Regelung der ZPO in VwGO und SGG sowie in den EFGO übernommen werden.

II. Für die Form der Zurücknahme schreibt ebenfalls nur § 515 II 2 ZPO ausdrücklich Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder Einreichung eines Schriftsatzes vor. Auch diese Bestimmung wird zur Übernahme in die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand empfohlen. Die Zurücknahme zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, die

1) Vgl. dazu o. 1. Abschn. C III 2 c, S. 16 f.

2) Ebenso De With S. 50. Vgl. auch Rupp AöR 85, 187 f.

3) Klinger § 126 Anm. B 1; Koehler § 126 Anm. III; Ule, VwGO § 126, Anm. II; Mellwitz § 156 Rdn. 5; Peters-Sautter-Wolff, § 156 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann § 156 Rdn. 1.

in Hinblick auf den Anwaltszwang nicht möglich zu sein braucht,¹⁾ wird so ausgeschlossen.

C. Die Wirkung der Rücknahme

I. Verlust des eingelegten Rechtsmittels

Die Zurücknahme der Berufung hat nach der ZPO nur den Verlust des "eingelegten" Rechtsmittels, also mit der Möglichkeit späterer Wiederholung, falls die Berufungsfrist noch läuft, zur Folge, nicht aber den Verlust des Rechts der Berufung überhaupt.²⁾ Dies folgt jetzt aus der ausdrücklichen Fassung des § 515 III 1 und aus der Analogie zur Klagerücknahme. Das gleiche gilt für die VwGO, deren § 126 II 1 in seiner Fassung der ZPO entspricht.³⁾

In § 156 II 1 SGG ist dagegen nur vom "Verlust des Rechtsmittels" die Rede, weshalb die h. M.⁴⁾ auch zu Recht annimmt, daß nach dem SGG das Rechtsmittel schlechthin verloren geht, das Recht auf die Berufung selbst, so daß die Rücknahme hier dem Verzicht in der Wirkung gleichkommt. Diese Besonderheit des SGG ist nicht gerechtfertigt. Will der Berufungskläger das Recht der Berufung tatsächlich ganz verlieren, so steht ihm dazu das Institut des Berufungsverzichts zur Verfügung. Will er dies aber nicht, so hat er ein anerkennenswertes Interesse daran, die Berufung mit der Möglichkeit der Wiedereinlegung innerhalb der Berufungsfrist zurücknehmen zu können. Dies wird vor allem von Bedeutung, wenn die eingelegte Berufung unzulässig ist und nach Rücknahme noch innerhalb der Frist in zulässiger Form wiederholt werden kann. Ließe man die Rücknahme nur mit der Wirkung des Verzichts zu, so wäre dem Berufungskläger die Möglichkeit genommen, sich so zu stellen, als ob er das Rechtsmittel überhaupt nicht eingelegt hätte. Wie der Ber. Klg. über die Einlegung der Berufung bestimmen konnte, so muß er sie aber auch

1) die aber Koehler § 126 Anm. III; Redeker-Oertzen § 126 Rdn. 2; Ule, VwGO § 126 Anm. II; Mellwitz § 156 Rdn. 5 noch für möglich halten.

2) Baumbach-Lauterbach, § 515 Anm. 4 A; Rosenberg § 135 VI 4 a; Stein-Jonas-Schönke, § 515 Anm. III 1; Wieczorek, § 515 Anm. B II a; RGZ 161, 350 (356 ff.) U. v. 12.10.1939; RG GZS 158, 53 ff; B. v. 30.6.1938.

3) Eyermann-Fröhler § 126 Rdn. 6.

4) Mellwitz § 156 Rdn. 7; Peters-Sautter-Wolff, § 156 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 156 Rdn. 6 mit weiteren Nachweisen. A. A. LSG Essen NJW 57, 1378, B. v. 12.2.1957.

wieder ungeschehen machen können.¹⁾ Dies folgt aus seinem Dispositionsrecht,¹⁾ das nur durch das Einwilligungserfordernis²⁾ im Interesse des Berufungsbeklagten eingeschränkt ist.

Das SGG ist daher der ZPO und der VwGO insoweit anzugleichen. In den EFGO ist diese Regelung zu übernehmen.

II. Kostentragung

Nach § 515 III 1 ZPO hat die Zurücknahme des Rechtsmittels die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Nach § 155 II VwGO und 115 III 1 EFGO gilt sachlich das gleiche, nur befindet sich die Regelung dort im Rahmen der Kostenvorschriften. Nach dem SGG, dessen Verfahren grundsätzlich kostenfrei ist³⁾ und dessen Kostenrecht daher verschiedene Besonderheiten aufweist, bewirkt die Zurücknahme der Berufung nicht ipso iure die Verpflichtung zur Kostentragung⁴⁾ wie in den anderen Gesetzen, vielmehr legt das Gericht die Kostenfrage erst in einem auf Antrag⁵⁾ erlassenden konstitutiven Beschluß fest. Bei dieser Besonderheit des SGG muß es bleiben, solange nicht die Kostenfreiheit im SGG abgeschafft⁶⁾ und sein Kostenrecht dem von VwGO und EFGO angepaßt wird. Gesähe das, so könnte auch die ipso iure eintretende Kostentragungspflicht bei Rechtsmittelrücknahme wie in VwGO und EFGO, so auch im SGG normiert werden, das sachlich dann auch mit der ZPO übereinstimmen würde.

Die Kostentragungspflicht bei Berufungsrücknahme auch in der ZPO wie in VwGO und EFGO vor die Klammer zu ziehen, also zu den §§ 91 ff. ZPO, empfiehlt sich nicht, da in der ZPO dadurch nichts gewonnen würde. Bei der verschiedenen Stellung der sachlich gleichen Vorschriften hat es daher zu bleiben.

D. Der Ausspruch über die Folgen der Rücknahme

I. Gegenstand des Ausspruchs.

1. ZPO, VwGO und SGG sehen bereits einen Ausspruch über die Kostenfolge

1) De With S. 50.

2) Sh. o. A III 1 a auf S. 113 f.

3) § 183 SGG.

4) Mellwitz, § 156 Rdn.10; Rohwer-Kahlmann, § 156, Rdn. 8.

5) § 156 II 2 SGG.

6) Vgl. o. § 1 B I 2 a, S.340.

vor.¹⁾ Diese Entscheidung spricht in ZPO und VwGO nur die kraft Gesetzes eintretende Kostentragungspflicht aus.²⁾ Der Formulierung "Ausspruch über" der ZPO ist daher gegenüber derjenigen der VwGO ("entscheidet über") der Vorzug zu geben. Sie kann auch in den EFGO übernommen werden. Bei der abweichenden Fassung des SGG muß es beim derzeitigen Kostenrecht dieses Gesetzes noch bleiben.³⁾

2. Nur die ZPO sieht in § 515 III 2 einen - deklaratorischen -⁴⁾ Ausspruch über den Verlust des Rechtsmittels vor. In VwGO und SGG fehlt diese Regelung, weshalb der Ausspruch dort auch nicht möglich ist.⁵⁾ Da ein solcher Ausspruch aber zweckmäßig ist, weil durch ihn Zweifel über die Rücknahme ausgeschlossen werden,⁶⁾ ist er künftig auch in VwGO, EFGO und SGG vorzusehen.

II. Form des Ausspruchs

Der Ausspruch über die Kostenfolge geschieht nach ZPO, VwGO und SGG bereits durch Beschluß. Das gleiche ist in den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand wie bereits in der ZPO auch für den Ausspruch über den Verlust des Rechtsmittels vorzusehen.

III. Verfahren

1. Der Beschluß ergeht in der ZPO und im SGG⁷⁾ nur auf Antrag, wobei auch im SGG der Antrag des Berufungsbeklagten gemeint ist,⁸⁾ auch wenn das nicht ausdrücklich gesagt ist. Nach der VwGO dagegen ergeht der Beschluß ohne Antrag von Amts wegen. Da hierfür ein Bedürfnis nicht besteht, ist die Regelung der ZPO und des SGG in allen Verfahren zu übernehmen.

1) §§ 515 III 2 ZPO, 126 II 2 VwGO, 156 II 2 SGG.

2) Vgl. o. C II S. 117.

3) Vgl. soeben C II auf S. 117.

4) Vgl. Wieczorek, § 515 Anm. C II b; RG JW 38, 2617 (2618), U. v. 17. 6. 1938.

5) Für die VwGO: Ule, VwGO, § 126 Anm. III; Für das SGG: Peters-Sautter-Wolff, § 156 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 156 Rdn. 7; BSG NJW 58, 40, B. v. 8. 11. 1957; a. A. LSG Essen NJW 57, 1378, B. v. 12. 2. 1957.

6) Baumbach-Lauterbach, § 515 Anm. 4 C, vgl. auch RG JW 38, 2617, U. v. 17. 6. 1938.

7) hier bisher nur über die Kostenfolge, sh. D I 2!

8) Peters-Sautter-Wolff, § 156 Anm. 3.

2. Nur die ZPO hebt in § 515 III 3 ausdrücklich hervor, daß der Beschluß keiner mündlichen Verhandlung bedarf, doch gilt sachlich in VwGO, EFGO und SGG nichts anderes,¹⁾ nur stehen die betreffenden Vorschriften hier an anderer Stelle.

IV. Anfechtbarkeit

Der Beschluß ist nach § 515 III 3 ZPO unanfechtbar. Das gleiche gilt nach § 152 I VwGO und § 177 SGG sachlich auch in diesen Gesetzen. In den EFGO wird bei Schaffung der Mittelinstanz eine diesen Vorschriften von VwGO und SGG entsprechende Bestimmung einzubauen sein, so daß dann auch hier nichts anderes gilt.

E. Ergebnis:

An die Stelle der §§ 515 ZPO, 126 VwGO und 156 SGG kann folgende neue Vorschrift treten, die auch in den EFGO einzufügen ist und im ArbGG über § 64 II 1 in der Fassung der ZPO gilt:

§ i

- (I) Die Berufung kann bis zum Erlaß der Endentscheidung des Berufungsgerichts zurückgenommen werden. Die Zurücknahme nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten setzt die Einwilligung des Berufungsbeklagten voraus.
- (II) Die Zurücknahme ist dem Gericht gegenüber zu erklären. Sie erfolgt durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes.
- (III) Die Zurücknahme hat den Verlust des eingelegten Rechtsmittels (und die Verpflichtung)²⁾ zur Folge (die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen).²⁾

1) §§ 125 I, 101 III VwGO, 124 III SGG, 78 IV EFGO mit einer zu schaffenden Verweisungsvorschrift bei der Berufsregelung.

2) Klammertext nur in der ZPO.

- (IV) Das Gericht hat auf Antrag des Berufungs-
beklagten die in Absatz III bezeichnete(n)¹⁾
Wirkung(en)¹⁾ der Zurücknahme (sowie die
Kostenfolge)²⁾ durch Beschluß auszusprechen
(sowie über die Kosten zu entscheiden).³⁾
(Der Beschluß bedarf keiner mündlichen
Verhandlung und ist nicht anfechtbar).⁴⁾

1) Fassung in Klammern nur in der ZPO.

2) Text in Klammern nur in VwGO, EFGO und nach Umgestaltung des
Kostenrechts im SGG.

3) Text in Klammern nur im SGG, solange dessen Kostenrecht nicht umge-
staltet ist. Fassung des Absatzes im übrigen wie in VwGO und EFGO,
jedoch ohne den Klammertext bei Fußn. 2).

4) Text in Klammern nur in der ZPO.

§ 6. Die Anschlußberufung

A. Allgemeines

I. Keinem der untersuchten Verfahren ist das Institut der Anschließung fremd. ZPO, VwGO und EFGO enthalten eigene Regelungen,¹⁾ im ArbGG gelten über § 64 II 1, im SGG über § 202 die Bestimmungen der ZPO entsprechend.²⁾

Man unterscheidet eine selbständige und eine unselbständige AB, je nachdem, ob die Anschließung vor dem Ablauf der Berufungsfrist oder danach erfolgt.³⁾ Diese Unterscheidung ist auch in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand zu machen, obwohl die VwGO keine dem § 522 II ZPO entsprechende positive Regelung enthält.⁴⁾ Der Unterschied hat aber nur dann Bedeutung, wenn die Hauptberufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.⁵⁾ Solange das nicht geschieht, ist die selbständige AB in jeder Beziehung wie die unselbständige, die eigentliche AB zu behandeln.⁵⁾ Auf das Wesen dieser eigentlichen AB muß im folgenden kurz eingegangen werden.

II. Während die Berufung zur Eröffnung eines Verfahrens zweiter Instanz führt,⁶⁾ setzt die AB ein solches schon voraus.⁷⁾ Die AB ist keine Berufung, kein Rechtsmittel.⁸⁾

1) §§ 521-522 a ZPO, § 127 VwGO; § 105 EFGO (Anschlußrevision).

2) für das ArbGG: Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 31; Dietz-Nikisch, § 66 Rdn. 40 ff; Schnorr v. Carolsfeld, § 12 B XI C 3; für das SGG: Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 143 Rdn. 6 ff; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3 m. weiteren Nachw.; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 12 ff; BSG 2, 229, U. v. 1. 3. 1956.

3) Vgl. statt aller: Rosenberg § 135 V 2 a.

4) arg. e contrario aus § 127 S. 2 VwGO. Klinger § 127 Anm. B 4; Koehler § 127 Anm. II 2; Ule, VwGO, § 127 Anm. II.

5) Baumbach-Lauterbach, § 521 Anm. 1 A b; Rosenberg § 135 V 2 a; Stein-Jonas-Schönke, § 522 Anm. II; Walsmann S. 216; Eyermann-Fröhler § 127 Rdn. 4; Klinger § 127 Anm. B 4; Koehler § 127 Anm. II 2; Peters-Sautter-Wolff § 151 Anm. 3; unklar z. B. Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 13.

6) sh. o. 1. Kapitel, S. 24 f.

7) U. a. Rosenberg § 135 V 2 b; Walsmann S. 136; Wieczorek § 521 Anm. B II b; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 17.

8) Baumbach-Lauterb. § 521 Anm. 1 A a; Rosenberg § 135 V 2; Walsmann S. 123 u. m. Nachw.; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 14; RG 110, 231 (233), U. v. 24. 2. 25; RG 153, 348, U. v. 10. 2. 37; BGH GZS 4, 229 (233) B. v. 17. 12. 1951.

Ihr liegt ein anderer Gedanke zu Grunde: Wenn schon auf Berufung hin der Prozeß erneuert wird, ein Verfahren in zweiter Instanz durchgeführt wird, dann soll der Streitfall auch erschöpfend behandelt werden können. Der Berufungsbeklagte muß aus diesem Grunde nicht nur die Möglichkeit haben, die Abweisung der Berufung zu beantragen. Vielmehr muß ihm darüber hinaus gestattet werden, auch Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu seinen Gunsten zu beantragen, sei es, daß auch er durch das erstinstanzliche Urteil beschwert war, sei es, daß er über seine erstinstanzlichen Anträge durch Klageerweiterung oder Widerklage nun hinausgehen will. Diese Möglichkeit gibt ihm die AB, die also das sonst geltende Verbot der *reformatio in peius* zum Nachteil des Berufungsklägers durchbricht. Sie ist der "in einem bereits eröffneten und noch nicht beendeten Berufungsverfahren ... vom Berufungsbeklagten ¹⁾ gestellte Antrag, das angefochtene Urteil auch zu seinen Gunsten abzuändern". ^{2) 3)} Weil die AB keine Berufung ist, ist sie auch den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung nicht unterworfen. Sie ist daher z.B. auch dann möglich, wenn der sich Anschließende auf die Berufung verzichtet hat, wenn die *Berufungsfrist* für ihn schon verstrichen ist, ⁴⁾ wenn er durch das erstinstanzliche Urteil nicht beschwert ist, ⁵⁾ wenn er lediglich die Kostenentscheidung angreift, ⁶⁾ wenn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Beschwerdewert nicht erreicht wird ⁶⁾ oder im SGG die Berufung nach den §§ 144 - 149 ausgeschlossen wäre. ⁷⁾

1) Zum Kreis der Berechtigten sh. u. unter B I 2, S. 128 f.

2) Rosenberg § 135 V 2.

3) Ebenso Baumbach-Lauterbach, § 521 Anm. 1 A a; Nikisch S. 477; Eyermann-Fröhler, § 127 Anm. 1; Koehler § 127 Anm. II 1; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 179; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 14; RG 110, 231 (233), U.v. 24.2.1925; BGH GZS 4, 229 (233), B.v. 17.12.1951. Zur Geschichte der AB Walsmann S. 5 - 44.

4) §§ 521 I ZPO, 127 VwGO.

5) Rosenberg § 135 V 2 c ; Stein-Jonas-Schönke, § 521 Anm. I 1; BGH GZS aaO Fußn. 3 S. 152; Koehler § 127 Anm. II 4.

6) Rosenberg § 135 V 2 c ; BGH GZS aaO Fußn. 3 S. 152; Eyermann-Fröhler, § 127 Rdn. 8.

7) Mellwitz Ergänzungsband 1958, § 143 Rdn. 9; Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 14.

B. Die unselbständige Anschlußberufung

I. Zulässigkeit

1. Grundsatz

Die Möglichkeit der Anschließung ist ausdrücklich normiert in der ZPO und der VwGO. Während es im ArbGG bei der Generalverweisung in § 64 II 1 verbleiben kann,¹⁾ sollte in EFGO und SGG ebenfalls eine ausdrückliche Regelung erfolgen,²⁾ da es bei der AB um ein für die Parteien wichtiges Prozeßinstitut geht.

Sachlich findet die in § 521 I ZPO enthaltene Regelung auch im ArbGG und im SGG Anwendung. In § 127 S. 1 VwGO ist nur davon die Rede, daß die Anschließung zulässig ist, selbst wenn die sich Anschließenden auf die Berufung verzichtet haben. Dagegen hebt § 521 I ZPO außerdem hervor, daß die AB auch nach Ablauf der Berufungsfrist noch zulässig ist. Indessen liegt hierin kein sachlicher Unterschied, wie sich schon aus § 127 S. 2 VwGO ergibt. Die AB ist von den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung überhaupt nicht abhängig.³⁾ Dies hebt die VwGO nur für den Verzicht ausdrücklich hervor, die ZPO auch für den Ablauf der Berufungsfrist, offenbar zur Klarstellung für die Parteien. Aus diesem Grunde ist der Fassung der ZPO auch der Vorzug zu geben, die somit, was die grundsätzliche Zulässigkeit der AB anbelangt, an sich in VwGO, EFGO und SGG übernommen werden könnte. Bei Gelegenheit der Gesetzesangleichung empfiehlt es sich aber weiter, entsprechend dem Vorschlag von Walsmann⁴⁾ auf das Wesen der AB als eines aggressiven Antrags des Berufungsbeklagten in der Berufung des Gegners durch die Fassung der Vorschrift über die Zulässigkeit der AB eigens hinzuweisen.⁵⁾

2. Anschlußberechtigte

Während in § 521 I ZPO nur vom Berufungsbeklagten die Rede ist, hebt § 127 S. 1 VwGO daneben die Berechtigung der "anderen Beteiligten" zur AB hervor. Eine Angleichung der ZPO an diese Regelung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die ZPO Beteiligte nicht kennt, sondern nur die Parteien. Diese werden durch die Formulierung der ZPO, auch bei Parteienmehrheit auf einer Seite, also Streitgenossenschaft, umfaßt. Die Rechte des Streit-

1) Vgl. Lent NJW 54, 1385.

2) Vgl. Lent NJW 54, 1385, 1386.

3) sh. o. A II, S. 121 f.

4) S. 238 f.

5) Formulierungsvorschlag sh. u. unter D auf S. 132 .

helfers sind in den §§ 67, 74 I ZPO gesondert geregelt.

Der ausdrückliche Hinweis auf die Berechtigung der anderen Beteiligten in der VwGO kann nur von Bedeutung sein für den Beigeladenen¹⁾ und für den Vertreter des öffentlichen Interesses.²⁾ Die Befugnisse des Beigeladenen sind indessen in § 66 schon eigens geregelt. Da nicht angenommen werden kann, daß die dem Beigeladenen hiernach zustehenden Rechte durch § 127 erweitert werden sollten, hat die ausdrückliche Erwähnung der anderen Beteiligten in § 127 für den Beigeladenen keine Bedeutung. Sie hat aber Bedeutung für den VöI. Da dessen Befugnisse nirgends zusammenfassend geregelt sind, hat er das Recht zur Anschließung nur über § 127 S. 1. Es kann daher in § 127 die Erwähnung der anderen Beteiligten entfallen, dagegen muß die Anschlußberechtigung des VöI - solange die VwGO einen solchen vorsieht - in § 127 eigens hervorgehoben werden.³⁾ Ein gleicher Hinweis auf das Anschlußrecht der anderen Beteiligten wie derzeit in der VwGO hätte in EFGO und SGG für den Beigeladenen ebenfalls keine Bedeutung,⁴⁾ darüberhinaus in diesen Gesetzen aber auch nicht für den VöI, weil das SGG einen VöI überhaupt nicht vorsieht und im EFGO der Finanzanwalt nur Vertreter der beteiligten Behörde ist,⁵⁾ also nicht selbständiger Beteiligter.⁶⁾

3. Anfechtung des Versäumnisurteils durch Anschließung

§ 521 II ZPO über die Anfechtung des VU durch Anschließung ist über die generellen Verweisungsbestimmungen⁷⁾ auch in den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand entsprechend anwendbar, soweit dort VUe möglich sind, nämlich gegen den Kläger.⁸⁾ In Verbindung mit § 513 ZPO besagt die Vorschrift, daß die Anfechtung eines VU durch AB nur möglich ist, wenn der Einspruch an sich nicht statthaft ist und die AB darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumnung nicht vorgelegen habe. Dieser Fall wird indessen nicht praktisch.⁹⁾ Der Berufung gegen ein Urteil, das teilweise die Klage abweist und teilweise als erstes VU den Beklagten verurteilt, kann sich der Beklagte nicht anschließen, weil gegen das erste VU nur der Einspruch, nicht aber die

1) Vgl. §§ 65, 66, 63 Nr. 3 VwGO.

2) Vgl. §§ 35 ff., 63 Nr. 4 VwGO.

3) Vgl. Formulierungsvorschlag unter D, S. 132, § k S.2

4) Vgl. §§ 61 IV EFGO, 75 IV SGG.

5) § 34 EFGO.

6) § 59 I EFGO.

7) §§ 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG.

8) sh. o. § 1 F, S. 86 .

9) Walsmann S. 160.

Berufung statthaft ist. Die VUe aber, gegen welche die Berufung statthaft ist,¹⁾ nämlich das den Einspruch verwerfende VU²⁾ und das den Antrag auf Wiedereinsetzung abweisende VU³⁾ können nicht teilweise zuungunsten der erschienenen Partei lauten, daher von dieser nicht mit der Berufung angefochten werden, so daß - mangels Berufung - auch eine Anschließung nicht möglich ist.⁴⁾ Ein VU kann somit praktisch durch Anschließung nicht angefochten werden. Entsprechend einem Vorschlag Walsmanns⁵⁾ kann daher § 521 II ZPO entfallen und stattdessen in § 513 I ZPO für "mit der Berufung" gesagt werden "weder durch Berufung noch durch Anschlußberufung."

II. Art und Weise der Anschließung

1. Ort der Anschließung

Wenn, wie vorgeschlagen,⁶⁾ die Berufung nur noch beim Berufungsgericht eingelegt werden kann, so ist es selbstverständlich, daß auch die Anschließung dort zu erfolgen hat, wie es die ZPO in § 522 a I bereits vorsieht. Bei der ausdrücklichen Normierung von Art und Weise der Anschließung in VwGO, EFGO und SGG wird dies zu übernehmen sein.

2. Form der Anschließung und Begründung

a) Allgemeines

Nach § 522 a I, III ZPO - und dasselbe gilt über § 64 II 1 im ArbGG - erfolgt die Anschließung ausschließlich durch Einreichung einer Anschlußschrift. Die Anschließung muß auch begründet werden.⁷⁾ Die VwGO enthält in § 127 außer dem Passus "auch im Laufe der mündlichen Verhandlung" keine Vorschrift über die Form der Anschließung. Man wird annehmen müssen, daß, wie bei der Berufung, Anschließung schriftlich und zur Niederschrift des Urkundsbeamten möglich ist und daneben durch Antrag in der mündlichen Verhandlung.⁸⁾ Eine Begründung ist nicht erforderlich, wie dem Schweigen des Gesetzes in dieser Hinsicht entnommen werden muß. In der Sozialgerichtsbarkeit ist die Anschließung de lege lata möglich durch Anschlußschrift; nicht

1) § 513 II ZPO.

2) § 345 ZPO.

3) § 238 II ZPO.

4) Ebenso Walsmann S. 159 f; vgl. auch Stein-Jonas-Schönke, § 521 Anm. IV, S. 239.

5) Sh. o. § 3 A, S. 89 ff.

7) § 522 a II, III ZPO.

8) So Eyermann-Fröhler § 127 Rdn. 10; Koehler § 127 Anm. II 3; Redeker-Oertzen § 127 Rdn. 3; Ule, VwGO, § 127 Anm. II.

durch Antrag in der mündlichen Verhandlung;¹⁾²⁾ ob zur Niederschrift des Urkundsbeamten, ist streitig.³⁾ Eine Begründung ist nicht zu verlangen, das widerspräche den Grundsätzen des Verfahrens, da auch die Berufung nicht begründet werden muß.

All diese Verschiedenheiten sind unnötig, da die Anschlußberufung überall denselben Charakter hat. An ihre Stelle muß eine einheitliche, ausdrückliche Regelung für die Form und Begründung der AB treten. Entsprechend dem Wesen der Anschließung als einem aggressiven Antrag des Berufungsbeklagten in der dem Gegner eingeräumten Berufungsinstanz⁴⁾ sah die ZPO Anschlußschrift und -begründung ursprünglich nicht vor; der Berufungsbeklagte konnte seine Anträge in der mündlichen Verhandlung stellen und damit hatte es sein Bewenden. Beide Erfordernisse brachte die Novelle von 1924.⁵⁾ Der Charakter der AB wurde dadurch indessen nicht verändert.⁶⁾ Beide Erfordernisse betreffen nur die Form der Geltendmachung der AB.⁷⁾ Es sind Formalakte, die für die Wirksamkeit der Anträge zur Zulässigkeitsvoraussetzung gemacht sind, aber für das Wesen der AB keine Bedeutung haben.⁸⁾ Es fragt sich, ob diese beiden seit der Novelle von 1924 in der ZPO neuen Erfordernisse beibehalten und in VwGO, EFGO und SGG übernommen werden sollen oder auf welcher Basis sonst eine Angleichung erfolgen soll.

b) Anschlußschrift

Ein zwingender Grund, die Anschließung allein in der Form einer Anschlußschrift und nicht auch durch Antragstellung in mündlicher Verhandlung zuzulassen, besteht nicht. Die Anschließung muß aber zumindest auch durch eine Anschlußschrift möglich sein, da mangels (rechtzeitiger) mündlicher Verhandlung die Anschließung sonst in der Berufsungsfrist meist nicht möglich wäre, und somit bei Verwerfung oder Zurücknahme der Berufung die Anschließung als selbständig nicht aufrechterhalten werden könnte.⁹⁾ Der Formalakt der Anschlußschrift hat den weiteren Vorteil, daß mit ihr die Anschließung

1) Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 18.

2) Wie Fußn. 1, außerdem BSG 2, 229, U. v. 1. 3. 1956.

3) dafür Rohwer-Kahlmann, § 143 Rdn. 18; dagegen Peters-Sautter-Wolff, § 151 Anm. 3.

4) Sh. o. A II, S. 121 f.

5) v. 13. 2. 1924 (RGBI. I 135).

6) Walsmann S. 183.

7) Walsmann S. 183.

8) Vgl. Walsmann S. 170 - 209.

9) Vgl. Walsmann S. 222 f, 226, 229.

und die ihretwegen mögliche Durchbrechung des Verbots der reformatio in peius gebührend hervorgehoben wird. Wenn man endlich eine Begründungsschrift für die AB verlangt,¹⁾ dann entspricht es dem, auch eine Anschlußschrift zu fordern, und zwar als zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für alle Anschlußanträge. Eine dem § 522 a I ZPO entsprechende Vorschrift wird daher auch für VwGO, EFGO und SGG vorgeschlagen. Wegen des Inhalts der Anschlußschrift kann dabei, wie schon jetzt in § 522 a III ZPO, auf die Berufungsschrift verwiesen werden.^{2) 3)}

c) Begründung der Anschlußberufung

Die Behandlung der Anträge des AB-Klägers kann im Prozeß durchaus die gleiche Bedeutung haben und den gleichen Raum einnehmen wie die Behandlung der Anträge des Berufungsklägers. Muß dieser seine Berufung begründen,⁴⁾ so erscheint es billig, wenn man von jenem eine Begründung seiner Anschließung verlangt. Die Begründungspflicht zwingt den Berufungsbeklagten, die Aussichten seiner Anschließungsanträge genau zu überdenken und hält ihn so von einer unzumutbaren Anschließung ab. Die mündliche Verhandlung wird durch den Begründungszwang besser vorbereitet, er dient im ganzen einer Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens.⁵⁾ Entsprechend der ZPO wird daher auch die Einführung der Begründungspflicht im VwGO, EFGO und SGG empfohlen, wobei wiederum auf die inhaltlichen Erfordernisse der Berufungsbegründung verwiesen werden kann.^{6) 7)} Da Anschließung bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung möglich ist, kann vom AB-Kläger grundsätzlich Begründung in der Anschlußschrift verlangt werden, es sei denn, für den Berufungskläger läuft noch eine Begründungsfrist. Diese muß

1) dazu sogleich unter C.

2) Formulierungsvorschlag sh. u. unter D, S. 132 .

3) Die Anforderungen, die man an die Anschlußschrift stellt, sind gering, vgl. Rosenberg, § 135 V 2 e; Stein-Jonas-Schönke, § 522 a Anm. II 1; Wieczorek, § 522 a Anm. A II; jeweils mit Rspr. -Nachweisen.

4) Sh. o. § 3 C III - VIII, S. 93 ff.

5) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 522 a Anm. I.

6) Formulierungsvorschlag sh. u. unter D, S. 132 .

7) Zu den Anforderungen an die Begründung der AB vgl. Rosenberg § 135 V 2 f; Stein-Jonas-Schönke, § 522 a Anm. III; Wieczorek, § 522 a Anm. B I b 1 ff; jeweils mit Rspr. -Nachweisen.

auch der AB-Kläger ausnützen können.¹⁾²⁾³⁾

III. Die weitere Behandlung der Anschlußberufung

1. § 522 a III ZPO verweist u. a. auf § 519 a. Soweit hierin eine Verweisung auf § 519 a S. 3 enthalten ist, muß nunmehr auf § f IV verwiesen werden,⁴⁾ wo § 519 a S. 3 seinen neuen, richtigen Platz erhalten soll. Im übrigen kann mit dem unten⁵⁾ vorgeschlagenen Wegfall von § 519 a S. 2 und 3 auch die Verweisung auf diese Bestimmungen in § 522 a III entfallen.

2. Verwerfung der AB als unzulässig

Wenn man sich, wie hier vorgesehen, für die Erfordernisse der Anschlußschrift und -begründung als Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anschließungsanträge entscheidet, so ist es folgerichtig, auch wie bei der Berufung ein vereinfachtes Verfahren zur Entscheidung über die Zulässigkeit der AB vorzusehen. In § 522 a III ZPO geschieht dies durch die Verweisung auf § 519 b, die in VwGO, EFGO und SGG⁶⁾ durch Verweisung auf die dort dem § 519 b ZPO entsprechenden Bestimmungen⁷⁾ zu übernehmen ist.

IV. Die Auswirkung von Rücknahme und Verwerfung der Hauptberufung

Da die Anschließung ihrem Wesen nach abhängig ist von der Berufung, verliert sie grundsätzlich mit deren Rücknahme oder Verwerfung als unzulässig ihre Wirkung. Dies spricht § 522 I ZPO aus. Allerdings wird die Anschließung, wenn sie selbständig ist, d. h. innerhalb der Berufungsfrist eingelegt worden war, nach Rücknahme oder Verwerfung der Hauptberufung nunmehr als selbständige Berufung aufrechterhalten,⁷⁾ deren sämtlichen Bestimmungen ein-

1) Stein-Jonas-Schönke, § 522 a Anm. I.

2) Formulierungsvorschlag sh. u. unter D, S. 132 .

3) Freilich hat ein Formverstoß durch Unterlassung rechtzeitiger Begründung keine große Bedeutung, da die AB jederzeit bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung fehlerfrei wiederholt werden kann. Stein-Jonas-Schönke, § 522 a Anm. II 1 e; Wieczorek, § 522 a Anm. C I a. Eine verspätete Begründung ist überdies grundsätzlich als neue AB anzusehen, BGH NJW 54, 109, B. v. 20. 11. 1953; vgl. auch - weitergehend - RG GZS 170, 18 ff; B. v. 9. 8. 1942.

4) Sh. Formulierungsvorschlag o. unter § 3 E S. 108.

5) Sh. § 7 A I 1 und 2, S. 134 f.

6) Dazu sh. sogleich unter § 7 A III, S. 135 ff.

7) § 522 II ZPO.

schließlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen sie dann unterliegt.¹⁾ Es handelt sich dann aber eben um keine Anschließung mehr, sondern um eine Berufung. Die Anschließung ist als solche auch hier wirkungslos, sie ist jetzt Berufung. Zu Recht regelt daher die ZPO zunächst das wesensmäßige Schicksal der Anschließung bei Wegfall der Hauptberufung, nämlich ihre Wirkungslosigkeit. Die Aufrechterhaltung als Berufung, wenn es um eine selbständige AB geht, normiert sie richtigerweise davon getrennt in § 522 II. Anders die VwGO.²⁾ Diese spricht die Unwirksamkeit der Anschließung in § 127 S. 2 von vornherein nur für den Fall aus, daß die Anschluß"berufung" erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegt worden war³⁾ und läßt damit zumindest für den mit dem Wesen der AB weniger Vertrauten den Eindruck entstehen,⁴⁾ die Anschließung bleibe sonst als solche weiter wirksam, d. h. insbesondere, nach wie vor unabhängig von den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung. Die Unklarheit ist umso größer, als die VwGO auf eine eigene Regelung der selbständigen AB nach Wegfall der Hauptberufung verzichtet. Der dem Wesen der Anschließung besser gerecht werdenden Regelung der ZPO ist daher schon aus diesen Gründen der Vorzug zu geben. Vollends notwendig wird aber die gesonderte Normierung der Wirkungslosigkeit der Anschließung bei Wegfall der Hauptberufung, wenn, wie es hier vorgeschlagen wird,⁵⁾ auch die selbständige AB nicht ipso iure als Berufung aufrechterhalten wird, sondern nur auf Antrag des AB-Klägers. Die Übernahme des § 522 I ZPO auch in VwGO, EFGO und SGG wird daher empfohlen.

C. Die selbständige Anschlußberufung

I. Wesen

Die ZPO regelt - unklar und unvollständig⁶⁾ - die selbständige AB in § 522 II. Die VwGO⁷⁾ regelt die selbständige AB positiv überhaupt nicht. Wenn aber nach § 127 S. 2 die vor Ablauf der Berufungsfrist eingelegte AB bei Wegfall der Hauptberufung nicht unwirksam wird, so kann dies nur so ausgelegt werden,

1) Sh. sogleich unter C, S. 129 ff.

2) § 127 S. 2. In EFGO und SGG gilt § 522 ZPO entsprechend.

3) oder der Beteiligte auf die Berufung verzichtet hatte, dazu sh. u. C.

4) dem allerdings die ausdrückliche Erwähnung der Wirkungslosigkeit auch bei Berufungsverzicht wieder widerspricht.

5) sh. sogleich unter C. S. 131 .

6) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 522 Anm. 2; Stein-Jonas-Schönke, § 522 Anm. II.

7) In EFGO und SGG gilt über §§ 133 bzw. 202 der § 522 II ZPO.

daß diese selbständige AB dann ebenso behandelt werden soll, wie das die Wissenschaft für die ZPO herausgearbeitet hat.¹⁾

Die selbständige Anschließung unterscheidet sich zunächst in nichts von der unselbständigen. Sie wird in jeder Hinsicht behandelt wie diese.²⁾ Der ganze Unterschied wird erst dann von Bedeutung, wenn die Hauptberufung wegfällt. Jetzt ist es nach § 522 II ZPO so anzusehen, als habe derjenige, der sich vor Ablauf der Berufungsfrist der erhobenen Berufung angeschlossen hat, selbständig Berufung eingelegt. Die AB wird also aufrechterhalten. Sie kann nun aber notwendigerweise³⁾ nicht mehr aggressiver Antrag in fremder Berufung sein, wie es das Wesen der Anschließung ist, denn eine fremde Berufung ist nicht mehr vorhanden. Der aggressive Antrag muß, "damit er bestehen bleiben kann, eine Grundlage bekommen, und diese kann ihm nur ein dem Berufungsbeklagten selbst eröffnetes Berufungsverfahren geben".⁴⁾ Die Anschließung wird zur Berufung,⁵⁾ deren Einlegung zurückdatiert wird auf den Zeitpunkt der Anschließung. Anders als bei der Anschließung, handelt es sich jetzt um ein Rechtsmittel. Alle Vorschriften über die Berufung kommen jetzt zur Anwendung.⁶⁾ Folgerichtig muß nun auch geprüft werden, ob die für die Berufung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen,⁷⁾ ob also der Berufungsbeklagte beschwert ist, ob die Berufungssumme erreicht, das Urteil nicht nur im Kostenpunkte angefochten wird,⁸⁾ ob der Berufungsbeklagte nicht etwa auf die Berufung verzichtet hatte,⁹⁾ usw. All dies ergibt die Regelung der ZPO nur unvollkommen. Es wird daher bei der künftigen einheitlichen Regelung ausdrücklich auszusprechen sein, daß die Aufrechterhaltung der selbständigen Anschließung als Berufung nur dann möglich ist,

1) So im Ergebnis Klinger § 127 Anm. B 4; Koehler § 127 Anm. II 4;

Redeker-Oertzen § 127 Rdn. 7; Ule, VwGO, § 127 Anm. III.

2) Sh. Fußn. 5 auf S. 121.

3) Vgl. zu all dem Walsmann S. 210 ff.

4) Walsmann S. 211.

5) Walsmann S. 219.

6) Rosenberg, § 135 V 2 a.

7) Rosenberg, § 135 V 2 a; Walsmann S. 219; Wieczorek § 522 Anm. B; RGZ 65, 78, U. v. 9.1.1907; für die VwGO wie Fußn. 1; abweichend Stein-Jonas-Schönke, § 522 Anm. II.

8) Zu diesen einzelnen Punkten vgl. u. a. Baumbach-Lauterbach, § 522 Anm. 2; Rosenberg § 135 V 2 a mit Rspr. -Nachweisen; Walsmann S. 219 ff.

9) Baumbach-Lauterbach, § 522 Anm. 2; Walsmann S. 220 f; ausdrücklich § 127 S. 2 VwGO; a. A. Stein-Jonas-Schönke, § 522 Anm. II 2.

wenn die Anschließung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Berufung entsprach.¹⁾ Es bedarf dann nicht mehr der Hervorhebung dessen, daß ein Verzicht nicht erfolgt sein darf, wie sie § 127 S. 2 VwGO noch kennt, und der Streit um die Wirkung des Verzichts²⁾ wird damit behoben. Bei der Neuregelung der selbständigen AB wird zugleich nicht mehr wie bisher nach der Fassung des § 522 II ZPO darauf abzustellen sein, ob die Anschließung innerhalb der Berufsungsfrist, sondern richtiger, ob sie vor ihrem Ablauf erfolgt ist.³⁾

II. Aufrechterhaltung der selbständigen AB auf Antrag

ZPO und VwGO sehen bis jetzt vor, daß die selbständige AB ipso iure nach Wegfall der Hauptberufung als Berufung aufrechterhalten wird. Es ist indessen nicht selbstverständlich, daß der AB-Kläger das in jedem Fall auch will. Häufig wird der Berufungsbeklagte sich der Berufung des Gegners nur deshalb anschließen, weil nun eben der Rechtsstreit schon einmal in der Berufungsinstanz erneuert wird. Nun versucht auch er eine Abänderung des Urteils zu seinen Gunsten zu erreichen, mit dem er sich andernfalls zufrieden gegeben hätte. Kommt es nun aber doch nicht zu dieser Erneuerung des Rechtsstreits, weil die Hauptberufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird, so wird der Berufungsbeklagte, entsprechend seiner Einstellung vor Einlegung der Hauptberufung, nicht immer seine Anschließung als selbständige Berufung weiterführen wollen. Aus diesen Gründen ist künftig einheitlich eine selbständige AB nach Wegfall der Hauptberufung nur noch dann als Berufung aufrechtzuerhalten, wenn der AB-Kläger dies beantragt.⁴⁾

III. Durch eine Verweisung auf § 519 b ZPO bzw. die diesem entsprechende Bestimmung in VwGO, EFGO und SGG⁵⁾ wird klarzustellen sein, daß auch die als Berufung aufrechterhaltene selbständige AB bei Unzulässigkeit in einem vereinfachten Verfahren verworfen werden kann.⁶⁾

1) Ebenso für die ZPO Walsmann S. 240.

2) Sh. Fußn. 9 auf S. 130.

3) So sachlich schon bisher die ZPO. Richtig formuliert insoweit § 127 S. 2 VwGO.

4) Formulierungsvorschlag sh. u. unter D, S. 132 f.

5) Vgl. dazu unter § 7 A III, S. 135 ff.

6) Walsmann S. 240.

D. Ergebnis:

Für die Anschlußberufung lassen sich nach dem Gesagten die folgenden einheitlichen Bestimmungen in ZPO, VwGO, EFGO und SGG formulieren.¹⁾ Sie ersetzen die §§ 521, 522, 522 a ZPO und 127 VwGO.

§ k

Der Berufungsbeklagte kann Abänderung des Urteils zu seinen Gunsten beantragen (Anschlußberufung), auch wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist. (Das gleiche Recht steht dem Vertreter des öffentlichen Interesses zu)²⁾

§ l

- (I) Die Anschließung erfolgt durch Einreichung der Berufungsanschlußschrift bei dem Berufungsgericht.
- (II) Die Anschlußberufung muß vor Ablauf der dem Berufungskläger zur Begründung seiner Berufung zustehenden Frist (§ g I, II)³⁾ oder in der Anschlußschrift begründet werden.
- (III)⁴⁾ §§ e II, f II, IV, V⁵⁾ 519 b gelten entsprechend.
- (IV)⁶⁾ §§ e II, f II, III Nr. 1, IV⁵⁾, n⁷⁾ gelten entsprechend.

§ m

- (I) Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

1) Im ArbGG kann es bei der Verweisung auf die ZPO bleiben, vgl. Lent NJW 54, 1385.

2) Klammertext nur in VwGO.

3) Sh. o. § 3 E, S. 108⁺.

4) Fassung ZPO.

5) Sh. o. § 3 E, S. 107 f.

6) Fassung VwGO, FGO, SGG.

7) Sh. u. § 7 A III 5, S. 140⁺.

- (II) In diesem Falle ist jedoch auf Antrag dessen, der sich der Berufung angeschlossen hatte, die Anschließung als Berufung aufrechtzuerhalten, wenn sie vor Ablauf der Berufungsfrist erfolgte und den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Berufung entsprach. § n¹⁾ findet entsprechende Anwendung.

1) bisher §§ 519 b ZPO, 125 II VwGO, 158 SGG, vgl. unten § 7 A III 5, S. 140 i.

§ 7. Das Berufungsverfahren

A. Beginn des Berufungsverfahrens

I. Zustellung von Berufungsschrift und -begründung, § 519 a S. 1 und 2 ZPO.¹⁾

1. ZPO und ArbGG stimmen bereits überein, da § 519 a S. 1 und 2 ZPO über § 64 II 1 auch im ArbGG gelten.²⁾

2. Angleichung im übrigen

a) § 519 a S. 1 ZPO sieht vor, daß Berufungsschrift und -begründung von Amts wegen zugestellt werden. Sachlich wird über § 125 I i. Vbdg. mit § 85 S. 1 VwGO und die im EFGO neu zu schaffende, dem § 125 I VwGO entsprechende Vorschrift i. Vbdg. mit § 70 I 1 EFGO das gleiche normiert. Nur im SGG genügt statt der Zustellung die bloße Mitteilung,³⁾ doch kann das SGG ohne weiteres den anderen Gesetzen angeglichen werden. Am besten wird eine auch in der Gesetzestchnik einheitliche Regelung in der Weise erreicht, daß allgemein bei den Bestimmungen über das Verfahren im ersten Rechtszug etwa normiert wird:

Die Klageschrift sowie die übrigen Schriftsätze sind von Amts wegen zuzustellen.

Diese Regelung gilt dann über die Verweisungsvorschriften der Berufungsinstanz⁴⁾ auch für Berufungsschrift und -begründung. § 519 a S. 1 ZPO wird überflüssig.

b) Die allein in § 519 a S. 2 ZPO vorgesehene Mitteilung über den Zeitpunkt der Berufungseinlegung bezweckt, den Berufungsbeklagten über den Lauf der Berufungsbegründungsfrist zu unterrichten, was für ihn wegen § 522 a II ZPO de lege lata bei der Anschließung von Bedeutung ist. Gibt es in-
dessen de lege ferenda, wie vorgeschlagen,⁵⁾ keine eigene Berufsbe-

1) Zu § 519 a S. 3 vgl. o § 3 B III, S. 91 f.

2) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 31; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 b; Stein-Jonas-Schönke, § 519 a Anm. III.

3) §§ 153 I, 104 S. 1 SGG, Mellwitz, § 104 Rdn. 2; Rohwer-Kahlmann, § 104 Rdn. 1.

4) §§ 523 ZPO; 64 II 1 ArbGG, 523 ZPO; 125 I VwGO; 153 I SGG; im EFGO noch zu schaffen.

5) Sh. o. § 3 D I 1 e, S. 100 .

gründungsfrist mehr, die mit Einlegung der Berufung beginnt, so wird der Zeitpunkt der Berufungseinlegung für den Berufungsbeklagten bedeutungslos und § 519 a S. 2 ZPO kann entfallen.

3. § 519 a S. 1 und 2 bei der AB.

Wenn S. 1 und 2 des § 519 a ZPO entfallen, könnte das de lege lata Rückwirkung auf die AB haben, da § 522 a III ZPO auf § 519 a verweist. De lege ferenda würde indessen die soeben unter 2 a vorgeschlagene Zustellungsregelung auch die AB erfassen, so daß der Wegfall des § 519 a S. 1 für sie ohne Bedeutung wäre. Soweit durch Verweisung auf § 519 a S. 2 in § 522 a III ZPO normiert ist, daß dem Berufungskläger der Zeitpunkt der AB mitzuteilen ist, kann darauf künftig ruhig verzichtet werden. Wann die AB eingelegt ist, hat zunächst ja ohnehin keine Bedeutung und erlangt sie nur, wenn die Hauptberufung infolge Rücknahme oder Verwerfung als unzulässig entfällt und - so de lege ferenda¹⁾ - Antrag gestellt wird, die AB als selbständige Berufung aufrechtzuerhalten. Dann erfährt der Berufungskläger aber ohnehin den Zeitpunkt der AB.

II. Aktenanforderung

§ 544 I ZPO über die Aktenanforderung durch die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG,²⁾ über § 173 in der VwGO und über § 133 im EFGG. § 152 I SGG sieht - leicht abweichend - nicht Anforderung innerhalb 24 Stunden, sondern unverzügliche Anforderung vor. Wegen der bestimmteren Fassung des § 544 I ZPO wird vorgeschlagen, § 152 I SGG zu streichen, so daß über die allgemeinen Verweisungsvorschriften dann in allen Verfahren § 544 I ZPO gilt. Einer ausdrücklichen Übernahme bedarf es nicht, da sich die Bestimmung an das Gericht, nicht die Parteien wendet.

III. Prüfung der Zulässigkeit der Berufung

1. Überblick

Wie bei jedem Rechtsmittel ist auch bei der Berufung zwischen ihrer Zulässigkeit und ihrer Begründetheit zu unterscheiden.³⁾ Nur wenn sie zulässig ist, darf über ihre Begründetheit verhandelt und erkannt werden.⁴⁾ Es darf

1) Sh. o. § 6 C II, S. 131.

2) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c, cc.

3) Vgl. u. a. Lent ZPO S. 194; Rosenberg § 134, insbes. unter I.

4) Wie Fußn. 3 und BGHZ 2, 278 (280), U. v. 6. 6. 1951; Klinger Einf. A IV vor § 124.

somit auch nicht dahingestellt bleiben, ob die Berufung zulässig ist. Die Prüfung der Zulässigkeit muß der sachlichen Prüfung vorangehen.¹⁾ Die Notwendigkeit einer solchen Zulässigkeitsprüfung stellen denn auch alle untersuchten Verfahrensgesetze zu Recht heraus.²⁾ Sie sehen überdies vor, daß über die Zulässigkeit der Berufung in einem vereinfachten Verfahren und in vereinfachter Form entschieden werden kann, nämlich ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß bzw. Vorbescheid. Diese Tendenz der Verfahrensgesetze ist - bei Vorkehrung der nötigen Sicherungen - zu begrüßen. Mündliche Verhandlungen über Formalien können so zur Entlastung der Berufungsgerichte vermieden werden.

2. Grundsatz

a) Die Prüfungspflicht besteht nach dem SGG so wie nach den anderen Gesetzen, doch wird das SGG in seiner Formulierung darin anzupassen sein, daß die Prüfungspflicht in einem eigenen Satze statuiert wird.³⁾

b) Wenn lediglich die ZPO in § 519 b I 1 hervorhebt, daß die Prüfung von Amts wegen zu erfolgen habe, so liegt hierin kein Unterschied gegenüber den anderen Verfahren, in denen sachlich dasselbe gilt.⁴⁾ Sie können der Formulierung der ZPO angepaßt werden.

c) Übereinstimmend ist im großen und ganzen auch schon die Formulierung darüber, was das Berufungsgericht zu überprüfen hat; ob die Berufung statthaft ist,⁵⁾ ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist.⁶⁾ Mit der allgemeinen Einführung des Begründungszwangs⁷⁾ ist, wie schon bisher in ZPO und ArbGG, nun auch in VwGO, EFGO und SGG zu überprüfen, ob die Berufung

1) Rosenberg, § 134 I.

2) Vgl. §§ 519 b, ZPO; 66 II 2 ArbGG; 125 II VwGO; 104 EFGO für die Revision; 158 SGG.

3) Vgl. §§ 519 b I 1 ZPO; 125 II 1 VwGO; 104 S. 1 EFGO; dagegen 158 I SGG; Formulierungsvorschlag unter 5, S. 140 f.

4) Eyermann-Fröhler, § 125 Rdn. 3; Redeker-Oertzen, § 125 Rdn. 2.

5) das "an sich" der ZPO kann in Zukunft wegbleiben.

6) bezüglich der Formulierung bisher schwerfällig § 158 I SGG.

7) Sh. o. unter § 3 E S. 107 I, § f.

auch form- und fristgerecht begründet ist.¹⁾

d) Fehlt eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen, auf die in § 519 b I 1 ZPO hingewiesen ist, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Das gilt sachlich bereits in allen Gesetzen.²⁾ Die Fassung von ZPO und VwGO wird auch in EFGO und SGG zu übernehmen sein.

3. Verfahren und Form der Entscheidung

a) Form der Entscheidung

Während ZPO, ArbGG, VwGO und EFGO³⁾ vorsehen, daß die Entscheidung über die Zulässigkeit ohne mündliche Verhandlung⁴⁾ durch Beschluß ergehen kann, läßt zwar das SGG auch eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zu, jedoch nicht durch Beschluß, sondern durch Vorbescheid.⁵⁾ Der Vorbescheid, den sonst auch VwGO und EFGO kennen,⁶⁾ nicht jedoch ZPO und ArbGG, ist hierfür aber weniger geeignet, da er durch einfachen, binnen eines Monats zu stellenden Antrag wieder aus der Welt geschafft werden kann⁷⁾ und dann nicht nur nichts genützt, sondern obendrein wahrscheinlich das Verfahren nur noch verzögert hat. Es wird daher empfohlen, das Vorbescheidsverfahren des § 158 II SGG durch ein Beschlußverfahren zu ersetzen, wie es die anderen Gesetze aufweisen und wie es zeitlich begrenzt auch das SGG in § 216 I Nr. 3 a schon jetzt kennt.

1) Über den sachlichen Umfang der einheitlichen Formulierung, die fast vollständig dem § 519 b I 1 ZPO entspricht, vgl. Baumbach-Lauterbach, § 519 b Anm. 1 B; Rosenberg, § 137 I 2 a; Stein-Jonas-Schönke, § 519 b Anm. II, III B; Wieczorek § 519 b Anm. A II ff. und A III; Redeker-Oertzen, § 125 Rdn. 2; im besonderen zu der Frage, ob auch ein Verzicht im Verfahren nach § 519 b ZPO zu beachten ist, vgl. RG JW 31, 1083, B. v. 1. 11. 1930 mit Anm. Pagenstecher; BGHZ 2, 112 (117), B. v. 10. 5. 1951; BGH NJW 58, 860, B. v. 1. 4. 1958.

2) §§ 519 b I 2 ZPO; 66 II 2 ArbGG; 125 II 2 VwGO; 104 S. 2 EFGO für die Revision; 158 I SGG.

3) §§ 519 b II Hbs. 1 ZPO; 66 II 2 ArbGG; 125 II 3 Hbs. 1 VwGO; 104 S. 2 EFGO für die Revision.

4) dazu sogleich unter b).

5) § 158 II 1 SGG. Die Verwerfung der Revision dagegen erfolgt auch nach dem SGG - § 169 - durch Beschluß; vorübergehend ist das gleiche z. Zt. auch für die Berufung möglich, § 216 I Nr. 3 a SGG.

6) Vgl. §§ 84, 122 I VwGO, 78 III, 97 I EFGO.

7) §§ 158 III, 105 II SGG, 84 II VwGO, 78 III EFGO.

b) Mündliche Verhandlung

Nur die ZPO hebt bisher ausdrücklich hervor, daß die Entscheidung durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Doch gilt auch ohne ausdrückliche Normierung in VwGO, EFGO und SGG das gleiche, da nach diesen Gesetzen Beschlüsse grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung ergehen können.¹⁾

c) Rechtliches Gehör

§ 125 II 3 Hbs. 2 VwGO hebt hervor, daß vor der Beschlußfassung die Beteiligten zu hören sind. Demgegenüber erscheint es zweckmäßiger, den verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs²⁾ wegen seiner umfassenden Geltung in allen Verfahrensgesetzen schon bei den allgemeinen Verfahrensvorschriften zu normieren, wie das in § 62 SGG geschehen ist, der wörtlich in die anderen Verfahrensgesetze übernommen werden kann. Auf die Einzelregelung des § 125 II 3 Hbs. 2 VwGO kann verzichtet werden.

d) § 66 II 2 ArbGG

§ 66 II 2 Hbs. 1 ArbGG bringt eine Klarstellung über die Anwendbarkeit des § 519 b II ZPO. § 66 II 2 Hbs. 2 ArbGG begründet für die Beschlußfassung die Zuständigkeit der ganzen Kammer und durchbricht damit die Regel des § 53 I 1 in Verbindung mit § 64 III, wonach den Beschluß der Vorsitzende allein zu erlassen hätte. Die Vorschrift ist zu begrüßen, da es zweckmäßig ist, "im Interesse des Vertrauens der Rechtssuchenden diese wesentliche Entscheidung nicht in die Hand des Vorsitzenden allein zu legen, sondern der Kammer zu übertragen".³⁾ Im übrigen wird die Regelung des ArbGG dadurch nur an die der anderen Gesetze angeglichen, nach denen die Beschlußfassung ebenfalls dem Berufungsgericht, also der Kammer in voller Besetzung und nicht dem Vorsitzenden allein, obliegt.

4. Anfechtbarkeit der Entscheidung

a) Allgemeines, ZPO

Wenn die die Berufung ohne mündliche Verhandlung verwerfende Entscheidung auch in Form eines Beschlusses und nicht eines Urteils ergeht, so ist dies doch ein formaler Unterschied. Der Beschluß hat inhaltlich die gleiche Bedeutung wie ein Urteil, das die Berufung auf Grund mündlicher Verhandlung als unzulässig verwirft. Aus diesem Grunde ist es richtig, wenn gegen

1) §§ 125 I, 101 III VwGO; 124 III SGG; 78 IV EFGO.

2) Art. 103 I GG.

3) Begründg. zum Entwurf eines ArbGG, RdA 51, 466.

den Beschluß im gleichen Maße Rechtsmittel zulässig sind wie gegen ein Urteil gleichen Inhalts,¹⁾ jedenfalls nicht in geringerem Maße. Dem entspricht die Regelung der ZPO.

b) ArbGG

Anders dagegen das ArbGG in seinem § 77. Hiernach ist die sofortige Beschwerde nach § 519 b II, im ArbGG als Revisionsbeschwerde bezeichnet, nur dann zulässig, wenn sie in dem Beschluß wegen der Bedeutung der Rechtsache zugelassen ist. Die Anfechtbarkeit des Verwerfungsbeschlusses läuft also mit der Anfechtbarkeit eines entsprechenden Urteils durch Revision zu Unrecht nur teilweise parallel.²⁾ So gibt es überhaupt nur eine relative Beschwerdefähigkeit, keine absolute, die der absoluten Revisionsfähigkeit eines Urteils gleichen Inhalts entspräche. Für diese gegenüber einem Urteil gleichen Inhalts eingeschränkte Anfechtbarkeit sind rechtfertigende Gründe nicht ersichtlich.³⁾ Aus diesem Grunde wird vorgeschlagen, § 77 S. 1 ArbGG zu streichen und damit die Anfechtbarkeit wie in der ZPO mit der eines Urteils gleichen Inhalts in Übereinstimmung zu bringen. Allerdings muß dann in § 66 II noch - entsprechend der Revisionszulassung⁴⁾ - gesagt werden, wann die sofortige Beschwerde zuzulassen ist.⁵⁾

c) VwGO, EFGO und SGG

Auf Grund eines gesetzgeberischen Versehens⁶⁾ regelt die VwGO die Zulässigkeit der Beschwerde⁷⁾ gegen den Verwerfungsbeschluß in ähnlich fehlerhafter Weise wie das ArbGG.⁸⁾ Auch hier ist die Beschwerde nur kraft Zulassung zulässig, obwohl das Gesetz schon de lege lata auch eine absolute Revisionsfähigkeit kennt.⁹⁾ Ebenso wie das ArbGG ist die VwGO daher der ZPO anzugleichen, indem die Anfechtbarkeit des Verwerfungsbeschlusses mit

1) § 519 b II Hbs. 2.

2) Vgl. die Bestimmung über die Zulässigkeit der Revision, § 72 ArbGG!

3) Die Begründung zu § 77 (RdA 51, 467) geht davon aus, daß das ArbGG eine Wertrevision nicht kenne. Dies traf zwar für den Entwurf zu, stimmt aber nicht für das Gesetz, vgl. § 72 I 4.

4) de lege lata § 69 III.

5) Sh. Formulierungsvorschlag unter 5, S. 141 .

6) Vgl. Ule, VwGO, § 125 Anm. II 2.

7) die fristgebunden ist; eine Unterscheidung zwischen einfacher und sofortiger Beschwerde gibt es hier nicht.

8) § 125 II 4 VwGO.

9) § 133 VwGO.

derjenigen eines entsprechenden Urteils in Übereinstimmung gebracht wird.¹⁾ Es muß dann für den Verwerfungsbeschluß die Vorschrift für entsprechend anwendbar erklärt werden, die regelt, unter welchen Voraussetzungen gegen das Berufungsurteil die Revision zuzulassen ist.²⁾ Wie in der VwGO, so kann die Regelung auch im EFGO und im SGG erfolgen. Sie ist im EFGO neu und löst im SGG den Vorbescheid mit dem gegen ihm möglichen Antrag auf mündliche Verhandlung³⁾ ab.

Die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand⁴⁾ erklären für das Verfahren vor dem Berufungsgericht⁵⁾ die Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug für entsprechend anwendbar.⁶⁾ Man muß daher an sich annehmen, daß die Bestimmungen über die Abweisung der Klage durch Vorbescheid⁷⁾ auf die Verwerfung der unzulässigen Berufung ebenfalls anzuwenden sind. Um das zu vermeiden ist, wie schon jetzt in § 125 II 4 VwGO, die Geltung der Vorschriften über den Vorbescheid ausdrücklich auszuschließen.

5. Ergebnis:

Es kann somit die folgende Bestimmung über die Verwerfung einer unzulässigen Berufung in ZPO, VwGO, EFGO und SGG eingeführt werden, die die §§ 519 b ZPO, 125 II VwGO und 158 SGG ablöst. Für das ArbGG kann es bei der Verweisung des § 64 II 1 bleiben.⁸⁾

§ n

- (I) Das Berufungsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung statthaft und ob sie in

1) Schon de lege lata für Anfechtbarkeit des Verwerfungsbeschlusses ohne Zulassung unter den Voraussetzungen des § 133 VwGO Redeker-Oertzen § 125 Rdn. 4; Ule, VwGO, § 125 Anm. II 2; ebenso Eyermann-Fröhler § 125 Rdn. 7, die anscheinend darüberhinaus auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 132 II eine Zulassung - zu Unrecht - nicht für nötig halten.

2) de lege lata § 132 II VwGO.

3) §§ 158 III, 105 II SGG.

4) der EFGO naturgemäß erst de lege ferenda, sh. u. D.

5) nicht anders als § 523 ZPO.

6) §§ 125 I VwGO; 153 I SGG.

7) §§ 84 VwGO, 69 I EFGO, 105 SGG.

8) Vgl. Lent NJW 54, 1385.

der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

- (II) Die Entscheidung kann (ohne mündliche Verhandlung)¹⁾ durch Beschluß ergehen. Der Beschluß unterliegt der (sofortigen)²⁾ Beschwerde, sofern gegen ein Urteil gleichen Inhalts die Revision zulässig wäre. § 132 II³⁾ über die Zulassung der Revision gilt für die Zulassung der Beschwerde in dem Beschluß entsprechend.⁴⁾ Die Vorschriften über den Vorbescheid gelten nicht.⁵⁾

Dem § 66 II ArbGG muß als S. 3 angefügt werden:

§ 69 III über die Zulassung der Revision gilt für die Zulassung der sofortigen Beschwerde in dem Beschluß entsprechend.

Nach Wegfall des § 77 S. 1 ArbGG⁶⁾ ist dem S. 2 nach "über die sofortige Beschwerde" einzufügen "nach § 519 b II der Zivilprozeßordnung".

Auf die für alle Gesetze soeben vorgeschlagene Bestimmung kann bei den Vorschriften über die Anschlußberufung dann verwiesen werden.⁷⁾

IV. Terminsbestimmung und -bekanntmachung, Einlassungsfrist

1. ZPO, ArbGG

§ 520 ZPO regelt die Festsetzung und Bekanntgabe des Verhandlungstermins in der Berufungsinstanz. Die Terminsbestimmung erfolgt danach, wenn eine Zulässigkeitsprüfung im Beschlußverfahren nicht stattgefunden oder die Prü-

1) Klammertext nur in ZPO.

2) Klammertext nur in ZPO.

3) So de lege lata für die VwGO. Für EFGO und SGG sind die entsprechenden Bestimmungen einzusetzen, im SGG z. Zt. § 162 I Nr. 1.

4) In der ZPO ist Abs. II S. 3 de lege lata wegen § 547 I Nr. 1 überflüssig.

5) S. 4 nicht in der ZPO.

6) sh. o. 4 b auf S. 139 .

7) sh. o. § 6 D, S. 132 f.

fung nicht zur Verwerfung geführt hat.¹⁾ Daß der Termin den Parteien bekanntzumachen ist, folgt schon aus § 124 und braucht daher in § 520 nicht wiederholt zu werden. Daß zwischen Terminsbekanntmachung und mündlicher Verhandlung die Einlassungsfrist des § 262 verstreichen muß, wie § 520 II normiert, gilt nur für den Berufungsbeklagten, für den Berufungskläger muß nur die Ladungsfrist ablaufen.²⁾ Dies kann klargestellt werden, indem in Abs. II nach "des Termins" eingefügt wird "an den Berufungsbeklagten".

Im ArbGG gilt über § 64 II der § 520 ZPO entsprechend.³⁾ Der unglücklich gefaßte⁴⁾ § 66 II 1 ArbGG gibt nicht etwa eine den § 520 ZPO ausschaltende Sonderregelung, sondern unterstreicht nur die Pflicht zur alsbaldigen Bestimmung des Verhandlungstermins.⁴⁾ Da schon § 9 I 1 ArbGG auf den Beschleunigungsgrundsatz hinweist, der im übrigen auch in der ZPO gilt,⁵⁾ ist § 66 II 1 ArbGG daneben überflüssig und kann entfallen.

2. VwGO, EFGO, SGG

§ 520 I 1 ZPO wird man schon de lege lata über die generellen Verweisungsvorschriften in VwGO,⁶⁾ EFGO und SGG für anwendbar halten können. Die Bestimmung kann in diese Gesetze übernommen werden, wie in der ZPO⁷⁾ ohne nochmalige Erwähnung der Bekanntmachungspflicht, die sich aus den §§ 125 I, 102 I VwGO, 79 I EFGO⁸⁾ und 153 I, 110 S. 1 SGG schon ergibt. Wenn dem Vorschlag gefolgt wird, allgemein den Anwaltszwang von der zweiten Instanz an einzuführen,⁹⁾ wird die Belehrungspflicht des § 520 I 2 ZPO auch in VwGO, EFGO und SGG sinnvoll und ist in diesen Gesetzen zu übernehmen. Auf die Frist zwischen Bekanntmachung und Termin finden über die Verweisungsvorschriften im Berufungsrecht¹⁰⁾ die §§ 102 I VwGO, 79 I EFGO und 110 S. 1 SGG Anwendung. Eine gesonderte Verweisung auf eine Einlassungsfrist wie in § 520 II ZPO ist unmöglich und unnötig, weil diese Gesetze eine eigene Einlassungsfrist nicht kennen.

1) Baumbach-Lauterbach, § 520 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 520 Anm. I 1.

2) Baumbach-Lauterbach, § 520 Anm. 2; Stein-Jonas-Schönke, § 520 Anm. II; Wieczorek § 520 Anm. C.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 520 Anm. IV; Wieczorek § 520 Anm. D.

4) Stein-Jonas-Schönke, § 520 Anm. IV.

5) sh. o. 1. Abschnitt C III 2 b, S. 14f.

6) Koehler § 125 Anm. III 3.

7) Sh. o. unter 1.

8) mit einer noch zu schaffenden Verweisungsvorschrift.

9) sh. o. § 1 B I 2 a, S. 33.

10) §§ 125 I VwGO, 153 I SGG, im EFGO noch zu schaffen.

3. Ergebnis:

Somit kann einheitlich in allen Gesetzen außer dem ArbGG¹⁾ normiert werden, in der ZPO an Stelle des § 520:

§ 0

- (I) Wird die Berufung nicht durch Beschluß als unzulässig verworfen, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen zu bestimmen (Folgt S. 2 wie § 520 I 2 ZPO).
- (II)²⁾ Auf die Frist, die zwischen dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Termins an den Berufungsbeklagten und der mündlichen Verhandlung liegen muß, sind die Vorschriften des § 262 entsprechend anzuwenden.

§ 66 II 1 ArbGG entfällt.

B. Der Streitbereich

I. Allgemeines

Wie in der ersten Instanz, so müssen auch in der zweiten die Grenzen des Prozesses abgesteckt werden, der Streitbereich muß bestimmt werden. Gericht und Parteien müssen wissen, welche Grenzen für Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz maßgeblich sind.

Von dieser einen Frage ist die zweite zu unterscheiden, was nun das Berufungsgericht im Rahmen des Streitbereichs im einzelnen zu prüfen hat, welche Berufungsgründe geltend gemacht werden können, welche Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Tatsachen und Beweismittel, zulässig sind, welche Streitpunkte das Berufungsgericht zu behandeln hat; mit anderen Worten, was der Streitstoff im Gegensatz zum Streitbereich in der zweiten Instanz ist.³⁾

II. Die Bestimmung über den Streitbereich

Für die Regelung des Streitbereichs einschlägige Bestimmungen in den einzel-

1) hier bewendet es bei § 64 II 1.

2) nur in ZPO.

3) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 525 Anm. I 1 und 2.

nen Gesetzen sind die §§ 525, 536, 537 ZPO, 128 S.1 und 129 VwGO und 157 S.1 SGG. Im EFGO fehlt auch für die Revision eine entsprechende Bestimmung.

1. ZPO, ArbGG

Beide Gesetze stimmen hinsichtlich des Streitbereichs bereits überein, da die §§ 525, 536, 537 ZPO über § 64 II 1 auch im ArbGG zur Anwendung kommen.¹⁾

§ 525 ZPO normiert den Grundsatz, daß es vor dem Berufungsgericht zu einer Erneuerung der Verhandlung kommt,²⁾ und spricht zugleich aus, daß die Verhandlung durch die Anträge begrenzt wird. § 536 bringt die entsprechende Regelung für die Entscheidung: Das Urteil des ersten Rechtszuges darf nur im Rahmen der Anträge abgeändert werden. Diese letztere Bestimmung bedeutet, daß der Berufungskläger nicht besser und nicht schlechter gestellt werden darf als er beantragt und hat damit zugleich das Verbot der reformatio in peius zum Inhalt. Eine reformatio in peius ist allerdings dann möglich, wenn auch der Berufungsbeklagte eine Abänderung des Urteils zu seinen Gunsten zulässigerweise, nämlich im Wege der Anschließung, beantragt; auch dieser Antrag des Berufungsbeklagten ist ein Antrag im Sinne der §§ 525, 536.^{3) 4)}

Wegen ihrer engen Verwandtschaft können die §§ 525 und 536 ZPO ohne weiteres in einer einzigen Bestimmung zusammengefaßt werden. Damit kann zugleich eine sorgfältigere Regelung des bisherigen Rechtszustandes verbunden werden. Beide Bestimmungen stellen nämlich für den Streitbereich zwar zu Recht auf die Anträge ab. Indessen müssen doch zwei Einschränkungen gemacht werden.

Die Berufungsanträge bleiben entweder im Rahmen der schon in der ersten Instanz gestellten Anträge oder sie bedeuten die Geltendmachung neuer prozessualer Ansprüche in der Berufungsinstanz. Bleiben sie im Rahmen der erstinstanzlichen Anträge, so können sie den Umfang der Verhandlung und Entscheidung

1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33, 33 a; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 31; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc und dd; Stein-Jonas-Schönke, § 536 Anm. III; Wieczorek, § 536 Anm. D.

2) Rosenberg, § 137 III; Stein-Jonas-Schönke, § 525 Anm. I; Walsmann S. 51 ff.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 525 Anm. II, § 536 Anm. I.

4) Deshalb ist es zu eng, wenn De With S. 44 in der von ihm vorgeschlagenen neuen einheitlichen Bestimmung nur von den Anträgen "der Rechtsmittelkläger" spricht.

des Berufungsgerichts doch nur bestimmen, soweit über sie im erstinstanzlichen Urteil bereits entschieden ist. Das ergibt sich aus § 537 ZPO,¹⁾ wonach nur die einen zuerkannten oder aberkannten (prozessualen)²⁾ Anspruch betreffenden Streitpunkte Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz sind, demnach nicht (prozessuale) Ansprüche, die in der ersten Instanz zwar erhoben worden sind, über die jedoch nicht entschieden ist. Anders ausgedrückt: Ein Devolutiveffekt kann überhaupt nur insoweit eintreten, als die erste Instanz entschieden hat, im übrigen bleibt der Streit in der ersten Instanz anhängig,³⁾⁴⁾ auch wenn die Berufungsanträge sich unzulässigerweise darauf erstrecken.⁵⁾

Der Umfang der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts wird zweitens bestimmt durch die in der Berufungsinstanz erstmalig neu erhobenen Ansprüche. Daß die Geltendmachung solcher neuen Ansprüche möglich ist, ist keineswegs selbstverständlich, denn es geht damit für sie ja eine Instanz verloren. Ursprünglich waren denn auch die Klageänderung und die Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz schlechthin untersagt.⁶⁾ Allmählich wurden jedoch die Bestimmungen - mit einem starken Rückschlag im 2. Weltkrieg - immer mehr gelockert⁷⁾ und heute ist die Klageänderung in der Berufungsinstanz unter denselben Voraussetzungen zulässig wie in der ersten Instanz⁸⁾ und die Regelung für die Widerklage in § 529 IV ist dem angepaßt. Die Erhebung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz ist also zwar in weitem Umfange, aber eben doch nicht ohne Einschränkungen, zulässig.

1) der an sich den Streitstoff betrifft.

2) vgl. Schwab, Streitgegenstand, S. 152.

3) Baumbach-Lauterbach, § 537 Anm. 1 B; Rosenberg § 137 II; Stein-Jonas-Schönke, § 537 Anm. I 1; Schwab NJW 59, 1824; vgl. auch Begrdr. zum EZPO, Hahn S. 358.

4) Allerdings wird weitgehend angenommen, das Berufungsgericht könne in gewissen Fällen bei seiner Entscheidung über diesen Rahmen hinausgehen, vgl. Baumbach-Lauterbach, § 537 Anm. 1 B; Friedrich Mattern JZ 60, 385 ff.; Rosenberg § 137 II; Stein-Jonas-Schönke, § 537 Anm. I 1; Wieczorek, § 536 Anm. B II b 1-3; jeweils m. Rspr. -Nachw. Zu Recht für eine genaue Beachtung der Grenzen des Devolutiveffekts Schwab NJW 59, 1824 ff.

5) Richtig Stein-Jonas-Schönke, § 537 Anm. I 1.

6) §§ 489, 491 II ZPO ursprünglicher Fassung.

7) Vgl. den Überblick bei Nikisch S. 481.

8) §§ 523, 264, 268 ZPO.

Die Anträge bestimmen den Streitbereich also nur, soweit über sie in erster Instanz schon entschieden ist oder sie in zweiter Instanz zulässigerweise neu erhoben werden.¹⁾

2. VwGO, EFGO, SGG

a) VwGO: In der VwGO geht es um die §§ 128 S. 1 und 129. § 128 S. 2 dagegen betrifft den Streitstoff und sollte auch äußerlich besser von der Regelung des Streitbereichs getrennt und in einem eigenen Paragraphen untergebracht werden. Wenn in § 128 S. 1 von der Prüfung des Streitfalles die Rede ist, so soll damit nicht anders als in § 525 ZPO der Umfang der Verhandlung vor dem Berufungsgericht geregelt werden.²⁾ § 129, der dem § 536 ZPO inhaltlich entspricht, normiert die Grenzen der Berufungsscheidung. Beide Bestimmungen stellen wie die ZPO auf die Berufungsanträge ab, was angesichts der Geltung der Dispositionsmaxime auch im Verwaltungsgerichtsprozeß nur folgerichtig ist.³⁾ Aus § 129 ergibt sich de lege lata in der VwGO die Geltung des Verbots der reformatio in peius.⁴⁾ Nicht ganz klar ist, welche Bedeutung in § 128 S. 1 der Passus "im gleichen Umfang wie das Verwaltungsgericht" haben soll. Soll dies eine Regelung über den Umfang des Streitstoffes und nicht des Streitbereichs sein,⁵⁾ so ist sie nicht am richtigen Ort und überdies falsch.⁶⁾ Soll damit gesagt werden, daß der Umfang der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts für den Streitbereich in der Berufungsinstanz mit von Bedeutung ist,⁷⁾ so ist dies zwar richtig, aber unklar ausgedrückt. Sachlich gilt für den Streitbereich in der VwGO nichts anderes als in der ZPO: Er wird für Verhandlung und Entscheidung durch die Berufungsanträge bestimmt; soweit diese Anträge erstinstanzliche wiederholen jedoch nur, wenn über sie schon entschieden ist; soweit sie neue Ansprüche beinhalten, nur, wenn diese zulässig sind. Für die VwGO kann daher formuliert werden wie für die ZPO.⁸⁾

1) Vgl. daher Formulierungsvorschlag für § p I auf S. 149.

2) Koehler § 128 Anm. II.

3) Ule, VwGO, Anm. zu § 129.

4) Koehler § 129 Anm. II 1; Ule, VwGO, Anm. zu § 129; vgl. dazu auch nach den bisherigen Verwaltungsgerichtsgesetzen Jesch DÖV 55, 391 ff.

5) Etwa im Sinn der zu prüfenden "Streitpunkte", vgl. § 537 ZPO.

6) Das Berufungsgericht hat auch die vom Gericht erster Instanz nicht behandelten Streitpunkte zu prüfen, vgl. § 537 ZPO.

7) sh. o. 1, S. 144 f.

8) Vgl. Formulierungsvorschlag unter IV, S. 149, § p I.

b) Das gleiche gilt für den EFGO, der bisher eine Regelung über den Streitbereich auch nicht bei der Revision enthält.

c) SGG: § 157 SGG ist offenbar nur eine Regelung des Streitstoffs, nicht aber des Streitbereichs, auch nicht § 157 S.1, denn in ihm ist von der Maßgeblichkeit der Berufungsanträge mit keinem Wort die Rede. Sachlich kann aber auch hier nichts anderes gelten als in ZPO und VwGO, so daß die neue Bestimmung über den Streitbereich hier ebenfalls übernommen werden kann.¹⁾

III. Im besonderen neue Ansprüche

1. Klageänderung

a) ZPO, ArbGG, MSchG

Nach den §§ 523, 264 ZPO ist eine Klageänderung in der Berufungsinstanz unter denselben Voraussetzungen zulässig wie in erster Instanz, d. h. wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.²⁾ Dies gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG.³⁾

§ 13 I 1 MSchG⁴⁾ bringt eine Sonderregelung für die Geltendmachung neuer Klagegründe, von der in § 13 I 2 für die Berufungsinstanz sogleich wieder eine Ausnahme gemacht wird. § 13 I 1 durchbricht nach herrschender Ansicht⁵⁾ den § 264 ZPO und will offenbar verhindern, daß dem Vermieter in Hinblick auf die Präklusionsvorschrift des § 17 S.1 MSchG⁶⁾ ein Nachteil dadurch entsteht, daß der Beklagte oder das Gericht einer Klageänderung durch Änderung der Klagegründe nicht zustimmen.⁷⁾ Nach der Ansicht von Schwab allerdings, der hier gefolgt wird, ist in der Änderung des Klagegrundes überhaupt keine Klageänderung zu sehen,⁸⁾ so daß hiernach § 13 I 1 MSchG überhaupt nur deklaratorische Bedeutung hat⁹⁾ und eigentlich über-

1) Formulierungsvorschlag sh. unter IV, S. 149, § p I.

2) Vgl. dazu Begrd. zum EZPO, Hahn S. 355; Begrd. zum EZPO 1898, Hahn-Mugdan S. 112; Begrd. zum EZPO 1931, S. 358.

3) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33; Dietz-Nikisch, § 67 Rdn. 16.

4) sie entspricht dem § 614 I ZPO.

5) Bettermann, § 13 Rdn. 15, 16; Roquette, § 13 Anm. 4.

6) Vgl. § 616 ZPO. Darüber, daß es sich bei diesen Bestimmungen zumindest teilweise ("geltend machen konnte") um eine Ausschlußwirkung handelt, sh. Schwab, Streitgegenstand, S. 164 ff, insbes. S. 170.

7) Sh. Bettermann, Rdn. 74 b f. vor § 2, § 13 Rdn. 20, 50; Roquette, § 13 Rdn. 4.

8) Schwab, Streitgegenstand, S. 104 ff, insbes. S. 116.

9) So ausdrücklich Schwab, Streitgegenstand, S. 115, für § 614 ZPO, soweit nicht zugleich die Klageart gewechselt wird.

flüssig ist. Hiervon abgesehen, ist aber jedenfalls die Ausnahmeregelung des § 13 I 2 MSchG für die Berufungsinstanz verfehlt. Mißt man dem § 13 I 1 konstitutive Bedeutung bei, so muß § 264 ZPO in der zweiten Instanz, in welcher er sonst wie in der ersten gilt, auch im gleichen Maße wie in der ersten durchbrochen werden¹⁾ und die Durchbrechung darf nicht wieder durch eine Regelung eingeschränkt werden, die überdies "alle Zeichen eines schlechten Kompromisses" trägt,²⁾ da sie heterogene Prinzipien aus dem Recht der Klageänderung und dem Novenrecht verbindet.³⁾ Hält man - richtigerweise - den § 13 I 1 MSchG für nur deklaratorisch, so bringt die zweite Alternative des § 13 I 2 ein Zulässigkeitserfordernis der Klageänderung, wo gar keine vorliegt; die erste Alternative verschärft²⁾ die generelle Bestimmung des § 529 II ZPO, wo in Hinblick auf § 17 S. 1 MSchG eher eine Erleichterung am Platze wäre. § 13 I 2 MSchG ist daher zu streichen.³⁾

b) VwGO, EFGO, SGG

In der VwGO und im SGG entspricht die Regelung der Klageänderung in der Berufungsinstanz bereits der der ZPO:⁴⁾ Klageänderung ist im selben Maße wie in der ersten Instanz zulässig.⁵⁾ Dabei decken sich auch diese in Bezug genommenen Vorschriften erster Instanz.⁶⁾ Im EFGO, auf den bisher mangels eigener Regelung § 264 ZPO über § 133 zur Anwendung kommt, kann eine entsprechende Normierung erfolgen.

2. Widerklage

a) ZPO, ArbGG

§ 529 IV ZPO, der die Zulässigkeit der Widerklage in der Berufungsinstanz derjenigen der Klageänderung gleichstellt, gilt auch im ArbGG, da § 67 ArbGG sich nur auf neue Tatsachen und Beweismittel, nicht aber auf neue Ansprüche bezieht.⁷⁾

1) Bettermann § 13 Rdn. 20.

2) Bettermann § 13 Rdn. 30; Roquette § 13 Rdn. 5.

3) Ebenso Bettermann, § 13 Rdn. 20.

4) anders noch §§ 109 VGG, 87 MRVO 165.

5) Eyermann-Fröhler § 91 Rdn. 19; Klinger § 125 Anm. A 2; Koehler § 128 Anm. II; Redeker-Oertzen, § 125 Rdn. 1; Ule, VwGO, § 125 Anm. I.

6) Vgl. §§ 125 I, 91 VwGO, 153 I, 99 SGG.

7) Dersch-Volkmar, § 67 Rdn. 5; Dietz-Nikisch, § 67 Rdn. 15, 17; Stein-Jonas-Schönke, § 529 VI 1; Wieczorek, § 529 Anm. B II b.

b) VwGO, EFGO, SGG

Auch diese drei Gesetze kennen die Widerklage.¹⁾ Über ihre Zulässigkeit in der Berufungsinstanz fehlen ausdrückliche Regelungen. Man wird daher schon de lege lata über die §§ 173 VwGO,²⁾ 133 EFGO und 202 SGG den § 529 IV ZPO für anwendbar halten dürfen.³⁾ Eine ausdrückliche Übernahme zur Klarstellung wird sich empfehlen.

IV. Ergebnis:

An Stelle der §§ 525, 529 IV, 536 und zum Teil des 537 ZPO, der §§ 128 S.1, 129 VwGO und des § 157 S.1 SGG kann die folgende neue einheitliche Bestimmung über den Streitbereich treten, die auch in den EFGO einzufügen ist:³⁾

§ p

- (I) Vor dem Berufungsgericht wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt und entschieden, soweit über die durch die Anträge bezeichneten Ansprüche in erster Instanz bereits entschieden ist oder die Ansprüche in der Berufungsinstanz zulässigerweise neu erhoben werden.⁴⁾
- (II) Die Erhebung einer Widerklage ist nur zuzulassen, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung des mit ihr verfolgten Anspruchs in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält.

§ 13 I 2 MSchG entfällt.

C. Der Streitstoff

I. § 512 ZPO

1. § 512 ZPO, der besagt, welche Entscheidungen ohne gesonderte Anfech-

1) Vgl. §§ 89 VwGO, 100 SGG. Der EFGO enthält keine eigene Regelung, doch ist die Widerklage über § 133 in entspr. Anwendung der ZPO als zulässig anzusehen.

2) So für die VwGO Eyermann-Fröhler § 90 Rdn. 10; Ule, VwGO, Anm. zu § 89 a.E., zu Unrecht a.A. anscheinend Koehler § 125 Anm. III 4.

3) Im ArbGG bewendet es bei der Verweisung des § 64 II 1.

4) Vgl. auch den - wohl zu ungenauen - Formulierungsvorschl. v. De With, S.44.

tung der Prüfung des Berufungsgerichts unterliegen, wenn eine andere, später ergangene, mit der Berufung angefochten ist, gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG entsprechend.¹⁾ Er ist etwas ungenau gefaßt, denn von der Beurteilung des Berufungsgerichts ausgeschlossen sind nicht nur die unanfechtbaren²⁾ und die mit der Beschwerde selbständig anfechtbaren³⁾ Entscheidungen, sondern auch die mit der Berufung selbständig anfechtbaren.^{4) 5)} § 512 ZPO würde in seinem zweiten Teil daher besser formuliert "sofern sie nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder selbständig anfechtbar sind".⁶⁾ Zugleich würde die Vorschrift besser hinter diejenige über den Streitbereich⁷⁾ gerückt.⁸⁾

2. VwGO, EFGO und SGG haben keine dem § 512 ZPO entsprechende ausdrückliche Bestimmung. Dennoch kann auch hier nichts anderes gelten, da die Berufung hier ebenfalls zu einem novum iudicium führt, einer Erneuerung der Verhandlung. Dies wird auch damit gemeint sein, wenn die §§ 128 S. 1 VwGO und 157 S. 1 SGG davon sprechen, daß das Berufungsgericht den Streitfall "im gleichen Umfang" wie das Erstgericht prüfe.⁹⁾ § 512 ZPO ist daher schon de lege lata über die §§ 173 VwGO, 133 EFGO und 202 SGG in diesen Gesetzen anwendbar.¹⁰⁾ Der Prüfung des Berufungsgerichts unterliegen alle dem angefochtenen Urteil vorangegangenen Entscheidungen, soweit sie nicht unanfechtbar¹¹⁾ oder selbständig anfechtbar, sei es mit der Berufung¹²⁾ oder der Beschwerde,¹³⁾ sind. Eine ausdrückliche Einführung des § 512 ZPO

1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 20; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 a.

2) Vgl. §§ 270, 157 II 2, 276 II, 355 II ZPO.

3) z. B. beim Zwischenstreit mit einem Dritten, sh. o. § 1 C I 2 c, S. 55; vgl. § 567 ZPO.

4) So das Urteil über die Klagezulässigkeit, sh. o. § 1, S. 54, das Grund-, das Vorbehaltsurteil.

5) Rosenberg, § 135 I 1 und ZZP 57, 337; Stein-Jonas-Schönke, § 512 Anm. II 1; Wieczorek, § 512 Anm. A.

6) ebenso Rosenberg, ZZP 57, 337.

7) sh. o. B IV S. 149.

8) So richtig § 462 II öZPO.

9) So für die VwGO Klinger § 128 Anm. B; Koehler § 128 Anm. III 1; sh. dazu auch schon o. B II 2 a, S. 146 f.

10) So für die VwGO Eyermann-Fröhler § 128 Rdn. 1; Koehler § 125 Anm. III 1.

11) Vgl. §§ 60 V, 65 III 3, 83 II 1, 91 III VwGO; 58 V, 68 II 1 EFGO; 67 IV 2, 75 III 3, 98 II 1, 99 IV SGG.

12) Sh. o. Fußn. 4.

13) Vgl. §§ 146 VwGO, 108 EFGO, 172 SGG.

in der soeben unter 1 vorgeschlagenen verbesserten Formulierung in VwGO, EFGO und SGG wird zum Zwecke der Angleichung empfohlen.

II. § 537 ZPO

1. ZPO, ArbGG

Wesen der Berufung ist, ¹⁾ daß sie zu einer umfassenden Erneuerung des Rechtsstreits führt. Dem entspricht es, daß vor dem Berufungsgericht alle Streitpunkte, auf die es im Rahmen des Streitbereichs ankommt, Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung sind, gleich, ob sie es im ersten Rechtszug schon waren oder nicht. Eine Begrenzung des Devolutiveffektes, wie beim Streitbereich auf die verschiedenen prozessualen Ansprüche, tritt hier bei den einzelnen Streitpunkten, ²⁾ also beim Streitstoff, nicht ein, denn über diese einzelnen Streitpunkte entscheidet das erstinstanzliche Urteil nicht, sondern nur über die prozessualen Ansprüche. ³⁾ Den herausgestellten Grundsatz der umfassenden Prüfung aller Streitpunkte spricht § 537 ZPO aus, ^{4) 5)} allerdings - unvollständig ⁶⁾ - nur für die einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über die nach den Anträgen eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist. Der Grundsatz gilt darüberhinaus aber für den gesamten Streitbereich - also auch die Streitpunkte, die neue Ansprüche betreffen. Er wird daher auch am besten durch Verweisung auf die oben ⁷⁾ neu formulierte Bestimmung über den Streitbereich ⁸⁾ normiert.

1) Sh. o. 1. Kapitel, vgl. Walsmann, S. 51 ff.

2) dazu gehören alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, das gesamte tatsächliche Vorbringen einschließlich der Beweisantritte und der Erklärungen über Tatsachen und Beweismittel, gleichgültig, ob es zum Klagegrund oder wo- zu sonst gehört, die Art der rechtlichen Beurteilung; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 537 Anm. 1D; Stein-Jonas-Schönke, § 537 Anm. I 2; Wieczorek § 537 Anm. B.

3) Begrddg. zum EZPO, Hahn S. 358. Vgl. RGZ 4, 316 (319), U. v. 25. 9. 99; RGZ VZS 70, 179 (182), B. v. 19. 10. 1908.

4) Soweit diese Bestimmung auch den Streitbereich betrifft, wurde sie bereits o. unter B, S. 144 f behandelt.

5) § 537 gilt über § 64 II 1 entsprechend im ArbGG, Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33a; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 31; Flatow-Joachim, § 64, Anm. 11c dd.

6) Baumbach-Lauterbach, § 537 Anm. 1.

7) S. 149.

8) Formulierungsvorschlag sogleich unter 3.

2. VwGO, EFGO, SGG

Was soeben unter 1 dazu gesagt wurde, woraus § 537 erwachsen ist, insbesondere also zu dem Grundsatz der erneuerten Verhandlung in der Berufungsinstanz, das gilt alles in gleicher Weise auch in den drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand,¹⁾ die eine Bestimmung wie § 537 ZPO zwar nicht ausdrücklich vorgesehen haben, in denen aber § 537 über die §§ 173 VwGO, 133 EFGO und 202 SGG entsprechend anwendbar ist.²⁾ Eine ausdrückliche Regelung wird de lege ferenda empfohlen.

3. Ergebnis:

Zur Einführung in VwGO, EFGO und SGG, sowie in die ZPO an Stelle von § 537 wird folgende Bestimmung vorgeschlagen:

§ q

Soweit es nach § p³⁾ erforderlich ist, verhandelt und entscheidet das Berufungsgericht über alle Streitpunkte, auch wenn über diese Streitpunkte im ersten Rechtzug nicht verhandelt oder nicht entschieden ist.

III. Neuer Streitstoff

1. Allgemeines

Aus dem Wesen der Berufungsinstanz als eines novum iudicium⁴⁾ folgt, daß das Berufungsgericht nicht nur den Prozeßstoff des Erstgerichts überprüft, sondern den gesamten, ihm vorliegenden Prozeßstoff würdigt. Dem entspricht es, daß in der zweiten Instanz grundsätzlich auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel.⁵⁾ Die Zweckmäßigkeit dieses Novenrechts war indessen für das älteste der hier behandelten Prozeßgesetze, die ZPO, nicht unbestritten.

1) Vgl. §§ 128 VwGO, 157 SGG. Für die VwGO Klinger § 128 Anm. B; Koehler § 128 Anm. III 1; für das SGG Mellwitz § 157 Rdn. 2; Rohwer-Kahlmann, § 157 Rdn. 2.

2) Für die VwGO Koehler § 125 Anm. III 7.

3) Sh. o. S. 149 .

4) Sh. o. 1. Kapitel, S. 24 ff.

5) Vgl. §§ 529 I ZPO, 128 S. 2 VwGO, 157 S. 2 SGG.

Seine Abschaffung wurde gefordert¹⁾ und erwogen,²⁾ vor allem nach dem Vorbild der österreichischen ZPO, die es nicht kennt.³⁾ Ebenso entschieden wurde es aber auch verteidigt.⁴⁾ Derzeitiges Ergebnis der Entwicklung⁵⁾ in der ZPO ist, daß grundsätzlich das Novenrecht besteht, daß es aber stark eingeschränkt ist zugunsten der Konzentration des Verfahrens.⁶⁾ Diese Einschränkungen lassen sich rechtfertigen mit Rücksicht auf den Verhandlungsgrundsatz, der in ZPO und ArbGG gilt. Danach obliegt den Parteien die Beibringung des Tatsachenstoffs, der Entscheidungsgrundlage werden soll und die Beschaffung der Beweise dafür.⁷⁾ Sie können zwar neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich auch noch in zweiter Instanz einführen. Würde dies aber zu einer Prozeßverzögerung führen, so wird es ihnen nur dann gestattet, wenn sie diesen neuen Prozeßstoff - gemessen an bestimmten Kriterien - nicht schon in erster Instanz hätten vorbringen müssen.⁸⁾ Erleiden sie nach dieser Bestimmung Nachteile, so haben es sich die Parteien selber wegen ihrer laxen Prozeßführung in erster Instanz zuzuschreiben. Durch eine solche Einschränkung des Novenrechts wird verhindert, daß das Schwergewicht des Prozesses sich dadurch in die zweite Instanz verlagert, daß die Parteien erst in ihr mit dem ganzen Prozeßmaterial hervortreten.⁹⁾

Anders dagegen in den vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand. Hier obliegt die Tatsachenbeibringung dem Gericht. Demgemäß ist die Berücksichtigung von Nova auch nicht eingeschränkt. Die Beteiligten haben es hier gar nicht in der Hand, durch Zurückhaltung von Tatsachenmaterial das Schwergewicht des Prozesses in die zweite Instanz zu verlagern, denn das Gericht bestimmt, welcher Tatsachenstoff Entscheidungsgrundlage werden soll, nicht die Beteiligten tun dies. Das

1) Lorenz ZZP 65, 170 ff, insbesondere 193.

2) Begründung zum EZPO 1931 S. 344 ff.

3) § 482 II öZPO.

4) Kraemer ZZP 57, 396; Peters, Gruchot 51, 98 f; Reinberger DR 41, 1039 ff; insbesondere Rosenberg ZZP 64, 6 ff; zum Novenrecht vgl. auch Sperl, Judicium 4, 181 ff; rechtsvergleichend Siegert, S. 53 u. vgl. auch oben § 1 S. 34 ff. über die Berufungsinstanz als Tatsacheninstanz.

5) die von unbeschränkter Zulassung der nova zu immer stärkerer Beschneidung verlief. Überblick bei Nikisch S. 484.

6) § 529 I, II, III ZPO.

7) Rosenberg § 63 I.

8) § 529 II ZPO.

9) Vgl. Lent, ZPO, S. 199.

Gericht führt selbst Ermittlungen. Hat es prozeßwichtiges Tatsachenmaterial in erster Instanz nicht einbezogen, so fällt das in seinen Verantwortungsbe- reich, nicht in den der Beteiligten. Das neue Material muß daher in zweiter Instanz noch gewürdigt werden können. Freilich soll nicht verkannt werden, daß das Gericht auch unter der Herrschaft des Untersuchungsgrundsatzes auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen ist und daß diese deshalb eine ge- wisse Mitwirkungspflicht trifft. Die Verantwortung für die Stoffbeibringung liegt dennoch beim Gericht und eine dem § 529 II, III ZPO entsprechende Bestimmung würde dem widersprechen.¹⁾ Den Beteiligten, der seine Mitwir- kungspflicht verletzt, trifft daher nicht die "Prozeßstrafe" einer Nichtberück- sichtigung des neuen Prozeßstoffs. Nicht ausgeschlossen ist aber, daß ihn Kostennachteile treffen.²⁾

Das Gesagte ergibt, daß hinsichtlich des neuen Vorbringens in der zweiten Instanz die gegensätzlichen Verfahrensgrundsätze in ZPO und ArbGG auf der einen Seite und VwGO, EFGO und SGG auf der anderen einer Angleichung im Wege stehen.

2. ZPO, ArbGG

Die für neues Vorbringen in der ZPO maßgebende Bestimmung ist § 529 I - III.³⁾ Abs. I spricht den Grundsatz aus, die Absätze II und III bringen die Einschränkungen.⁴⁾ Über § 64 II 1 gelten die Vorschriften des § 529 I - III ZPO grundsätzlich auch im ArbGG.⁵⁾ Nur für die Prozeßverschleppung in der Berufungsinstanz⁶⁾ bringt § 67 ArbGG eine unglücklich gefaßte⁷⁾ Sonder- regelung. Sie entstand zeitlich nach der Zivilprozeßnovelle von 1924 und vor derjenigen von 1933. Ursprünglich bedeutete sie eine wesentliche Verschär- fung des Rechtszustandes nach der ZPO,⁸⁾ seit der Novelle von 1933 ist die

1) Für die VwGO Klinger § 128 Anm. C; Koehler § 125 Anm. III 4; Redeker- Oertzen § 128 Rdn. 2; Ule, VwGO, § 128 Anm. II; für das SGG Mellwitz § 157 Rdn. 1; Peters-Sautter-Wolff, Anm. zu § 157.

2) Vgl. §§ 155 V VwGO, 115 V EFGO, 192 SGG.

3) § 529 V wird unten gesondert behandelt.

4) Für deren Verschärfung Philippi, Judicium 4, 3; Kommission des Deutschen Richterbundes, DRiZ 58, 197; für eine Milderung entsprechend § 626 ZPO Reinberger DR 41, 1045.

5) Dersch-Volkmar, § 67 Rdn. 3/5; Dietz-Nikisch, § 64 Rdn. 41.

6) Dersch-Volkmar, § 67 Rdn. 3/5 c.

7) Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI.

8) Dersch-Volkmar, § 67 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI.

Abweichung nicht mehr so bedeutsam.¹⁾ Sie besteht nur noch darin,²⁾ daß für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel³⁾ auch dem Berufungsbeklagten eine Frist gesetzt ist, nämlich der Schluß der ersten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, und daß schon bei einfachem Verschulden die Zulassung zu versagen ist.⁴⁾ Trotz der ungenauen Fassung des § 67 ArbGG betrifft dagegen auch er wie § 529 ZPO nur Vorbringen, dessen Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde.⁵⁾

Die Abweichung des ArbGG von der ZPO ist sachlich nicht erforderlich.⁶⁾ Einer Prozeßverschleppung durch den Berufungsbeklagten kann schon durch die §§ 279, 283 II ZPO, die über die §§ 64 II 1 ArbGG, 523 ZPO auch im ArbGG zur Anwendung kommen, in genügendem Maße entgegengetreten werden. Neuem Tatsachen- und Beweisvorbringen schon bei jedem Verschulden, damit auch bei leichter Fahrlässigkeit, die Zulassung zu versagen, dürfte mit Rücksicht auf den Grundsatz der erneuerten Verhandlung in der Berufungsinstanz zu weit führen, zumindest genügt für die Konzentration des Verfahrens die Regelung der ZPO. Wendet man aber schon de lege lata im ArbGG einen großzügigen Verschuldensmaßstab an, vor allem, wenn der Rechtsstreit in erster Instanz ohne Anwalt geführt wurde,⁷⁾ dann unterscheidet sich die Regelung des ArbGG in ihren Auswirkungen nicht zu sehr von derjenigen der ZPO und ihre Aufrechterhaltung hat wieder keinen Sinn.

Aus den angeführten Gründen wird vorgeschlagen, § 67 ArbGG zu streichen und so das ArbGG der ZPO anzugleichen.

3. VwGO, EFGO, SGG

In Auswirkung des Untersuchungsgrundsatzes kennen diese drei Verfahrensgesetze entsprechend dem oben unter 1 Gesagten keine Beschränkung für neues Vorbringen. Die §§ 128 S. 2 VwGO und 157 S. 2 SGG stellen vielmehr

1) Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI;

"sachlich nicht mehr geboten".

2) Vgl. Dersch-Volkmar, § 67 Rdn. 3/5 c; Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI; Wieczorek, § 529 Anm. D I.

3) also nicht für jedes neue Vorbringen.

4) nicht nur bei Prozeßverschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit, wie in der ZPO.

5) Dersch-Volkmar, § 67 Rdn. 9; Dietz-Nikisch, § 67 Rdn. 14; Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI 2 b; Wieczorek, § 529 Anm. D II; a. A. Flatow-Joachim, § 67 Anm. 4.

6) Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI.

7) Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI 2 d.

noch ausdrücklich klar, daß das Berufungsgericht auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen hat. Diese Bestimmung ist in der VwGO und dem SGG aufrechtzuerhalten, jedoch abgetrennt von der neuen Bestimmung über den Streitbereich¹⁾ in einem eigenen Paragraphen. Im EFGO ist sie neu einzuführen.

Auf diese Weise sind dann hinsichtlich neuen Vorbringens ZPO und ArbGG aneinander angeglichen und ebenso VwGO, EFGO und SGG. Eine weitere Angleichung zwischen diesen Gruppen ist nicht möglich.

4. Die Aufrechnung im besonderen (§ 529 V ZPO)

a) ZPO, ArbGG

§ 529 V ZPO über die Aufrechnung seitens des Beklagten in der Berufungsin-
stanz gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG.²⁾ Die Geltendmachung der Aufrech-
nung im Prozeß ist an sich ein Verteidigungsmittel, das dem § 529 I ZPO und³⁾
den dazugehörigen Einschränkungen in den Abs. II und III unterfallen müßte.
Wenn sie jedoch in Abs. V unter Durchbrechung der Abs. II und III dem Abs.
IV über die Widerklage entsprechend geregelt worden ist, so deshalb, weil
"die Aufrechnung mit der Geltendmachung des Gegenanspruchs im Wege der
Widerklage nicht nur praktisch-wirtschaftlich, sondern wegen § 322 II auch
rechtlich eng verwandt ist".⁴⁾ § 322 II besagt, daß auch über die zur Aufrech-
nung gestellte Gegenforderung rechtskräftig entschieden wird. § 529 V korres-
pondiert also mit § 322 II ZPO.

b) VwGO, EFGO, SGG

Das SGG enthält in § 141 II bereits eine Bestimmung, die sich mit § 322 II
ZPO deckt, und nach den Vorschlägen von Knoll⁵⁾ soll sie auch in die VwGO
und den EFGO übernommen werden. Wenn dies geschieht, so empfiehlt es
sich, auch § 529 V ZPO einheitlich in die drei Gesetze mit öffentlich-recht-
lichem Streitgegenstand zu übernehmen,⁶⁾ aus den gleichen gesetzgeberischen
Gründen, die in der ZPO für die Bestimmung maßgeblich waren.⁷⁾

1) Sh. o. B IV, S. 149 .

2) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc;
Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. VI 1.

3) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. V.

4) Stein-Jonas-Schönke, § 529 Anm. V.

5) S. 118 f.

6) für entspr. Anwendung in der VwGO schon de lege lata Ule, VwGO,
§ 128 Anm. II a, E.

7) Sh. soeben unter a).

5. Ergebnis:

§ 67 ArbGG fällt weg. § 529 I - III, V ZPO gilt über § 64 II 1 auch im ArbGG.

An die Stelle von § 128 S.2 VwGO, 157 S.2 SGG und in den EFGO tritt einheitlich folgende Bestimmung:

§ 1

(I) Das Berufungsgericht berücksichtigt auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel.

(II) (Wie § 529 V ZPO.)

IV. Die weiteren Bestimmungen der ZPO

1. § 526 ZPO

§ 526 ZPO über den Vortrag des Prozeßstoffs erster Instanz gilt über § 64 II 1 entsprechend im ArbGG.¹⁾ Er wurde mit Rücksicht darauf geschaffen, daß das Berufungsverfahren dasjenige der ersten Instanz fortsetzt²⁾ und geht noch von der vollständigen mündlichen Verhandlung aus.³⁾ Der jetzige Rechtszustand erlaubt indessen nach § 137 III eine Bezugnahme auf Schriftstücke, also hier vor allem auf den Tatbestand des Ersturteils, die immer, zumindest stillschweigend, erfolgen wird,⁴⁾ was notfalls über § 139 klarzustellen ist.⁵⁾ § 526 hat für die Berufungsinstanz deshalb praktisch keine Bedeutung mehr.⁴⁾ § 526 II ist ohnehin nur eine überflüssige Wiederholung des § 139.⁶⁾ Es kommt hinzu, daß das durch § 526 vorgeschriebene Parteireferat den Prozeß nur aufhält. "Die verfehlte Vorschrift hat die Berufungsverhandlung mit der quälend langweiligen Wiederholung von Dingen belastet, die den Beteiligten längst bekannt sind oder die sie auf diesem Wege unmöglich in sich aufnehmen können."⁷⁾ Entfällt § 526, so bewendet es bei der Bezugnahme nach § 137 III. Hält der Vorsitzende ausnahmsweise den Vortrag des Prozeßstoffes für erforderlich, kann er die Parteien dazu nach § 139 ja anhalten oder den Partei-

1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn.33; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

2) Begründung zum EZPO, Hahn S. 355.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 526 Anm. I; Wieczorek, § 526 Anm. A.

4) Stein-Jonas-Schönke, § 526 Anm. I; Wieczorek, § 526 Anm. A.

5) Stein-Jonas-Schönke, § 526 Anm. I.

6) Baumbach-Lauterbach, § 526 Anm. 2.

7) Nikisch S. 483.

8) Nikisch S. 483; Rosenberg, § 137 III 1 c; Lorenz JR 50, 425.

vortrag durch das mindestens ebenso zweckmäßige¹⁾ Richterreferat ersetzen.²⁾

Es wird daher vorgeschlagen, § 526 ZPO ersatzlos zu streichen.

2. § 528 S. 1 ZPO

Auch § 528 S. 1 ZPO, der im ArbGG entsprechend gilt,³⁾ ist Ausdruck des Grundsatzes der fortgesetzten Verhandlung erster Instanz.⁴⁾ § 528 S. 1 ergänzt die Regelung des § 274 III über den Eintredenverlust in der Berufungsinstant. Er betrifft nur die echten prozeßhindernden Eintreden des § 274 II Nr. 3, 5 und 6,⁵⁾ nicht von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraussetzungen und -hindernisse.

In VwGO, EFGO und SGG ist eine Vorschrift wie § 528 S. 1 ZPO, die diese Gesetze de lege lata nicht kennen, nur sinnvoll, wenn es auch hier echte prozeßhindernde Eintreden, sowie eine dem § 274 III ZPO entsprechende Regelung gibt. In VwGO, EFGO und SGG gelten keine Vorschriften wie die §§ 110 und 271 IV ZPO, welche die Grundlage für § 274 II Nr. 3 und 6 bilden. Dagegen ist nach der VwGO und dem EFGO die Vereinbarung von Schiedsgerichten über die §§ 173 VwGO, 138 EFGO zulässig,⁶⁾ allerdings in engem Rahmen, da der weite Bereich der Aufhebungssachen davon auszunehmen ist. Im SGG scheitert eine solche Vereinbarung an § 59.⁷⁾ Soweit danach in VwGO und EFGO die Schiedsvereinbarung zulässig ist, gewährt sie wie in der ZPO eine echte prozeßhindernde Einrede⁸⁾ und man wird über

1) Nikisch, S. 483; Rosenberg, § 137 III 1 c; Lorenz JR 50, 425.

2) das nach § 486 dZPO ausdrücklich vorgesehen ist, Vgl. auch §§ 125 I, 103 II VwGO, 153 I, 112 I 2 SGG, 80 II EFGO.

3) § 64 II 1 ArbGG, Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flarow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

4) Nikisch, S. 483; Wieczorek, § 528 Anm. A I.

5) Wieczorek, § 528 Anm. A I a 1.

6) für die VwGO ergibt sich das auch aus § 168 I Nr. 5. Ebenso Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 110; Klinger § 40 Anm. 3 II 4; Koehler § 40 Anm. XI 11; Redeker-Oertzen § 40 Rdn. 20; Ule, VwGO, § 168 Anm. 1; Begründung zu § 169 EVwGO.

7) Klinger § 40 Anm. B II 4 b; Ule, VwGO, § 168 Anm. 1; nach dem EFGO wohl überhaupt nur innerhalb des Bereichs von § 56 I Nr. 4.

8) Peters-Sautter-Wolff, § 202 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann, § 59 Rdn. 1; unrichtig Mellwitz § 2 Rdn. 5.

9) Eyermann-Fröhler, § 40 Rdn. 109; Koehler § 40 Anm. XI 11 d.

die §§ 173 VwGO und 133 EFGO den § 274 III ZPO und dann auch § 528 S. 1 ZPO für entsprechend anwendbar halten müssen. Eine ausdrückliche Übernahme des § 528 S. 1 ZPO in VwGO und EFGO hat aber so lange keinen Sinn, als nicht eine ausdrückliche Regelung der Einrede des Schiedsvertrages und eine Übernahme des § 274 III ZPO erfolgt ist, denn andernfalls würde § 528 S. 1 ZPO in VwGO und EFGO in der Luft hängen.

3. § 528 S. 2 ZPO

a) § 528 S. 2 ZPO gilt im ArbGG über § 64 II 1 entsprechend.¹⁾ Er will dazu beitragen, daß nicht die vielleicht umfangreiche sachliche Prüfung der ersten Instanz dadurch ihren Sinn verliert, daß in zweiter Instanz noch die Unzuständigkeit des Erstgerichts beachtet wird.²⁾ Diesen prozeßökonomischen Gesichtspunkt stellt er über das öffentliche Interesse³⁾ an der Einhaltung ausschließlicher Zuständigkeiten. § 528 S. 2 führt nicht zu Schwierigkeiten in Hinblick auf die oben⁴⁾ vorgeschlagene Neuregelung, wonach u. U. die Rüge eines wesentlichen Verfahrensmangels die Zulässigkeit der Berufung bedingen kann. Ist die Rüge der Unzuständigkeit nach § 528 S. 2 versagt, kann sie eben auch nicht die Zulässigkeit der Berufung nach der neuen Regelung begründen. § 528 S. 2 ist insofern *lex specialis*.

b) VwGO, EFGO und SGG haben keine dem § 528 S. 2 ZPO entsprechende ausdrückliche Bestimmung. Das Bundesverwaltungsgericht⁵⁾ hat indessen für das VGG die entsprechende Anwendung des § 528 S. 2 Hbs. 2 ZPO bereits bejaht.⁶⁾ Vermögensrechtliche Ansprüche gebe es - auch unter den Anfechtungsstreitigkeiten - in der Verwaltungsgerichtsbarkeit so gut wie in der ordentlichen. Das öffentliche Interesse an der Wahrung der Zuständigkeiten des VGG stehe der Anwendbarkeit des § 528 S. 2 Hbs. 2 nicht entgegen, da diese Bestimmung ja gerade die ausschließliche Zuständigkeit der ZPO durchbreche, die ebenfalls aus Gründen des öffentlichen Wohls festgelegt sei.⁷⁾ Was das BVerwG hier für das VGG ausgeführt hat, gilt ebenso für

1) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

2) Baumbach-Lauterbach, § 528 Anm. 2; Stein-Jonas-Schönke, § 528 Anm. III.

3) BVerwG NJW 56, 317 (318), U. v. 31.10.1955.

4) § 1 E II, S. 82 ff.

5) NJW 56, 317, U. v. 31.10.1955.

6) ebenso VGH Kassel DVBl. 59, 105, U. v. 2.1.1958; für die MRVO 165 OVG Münster DÖV 57, 462 Nr. 166, Bescheid v. 27.9.56; für die VwGO Eyermann-Fröhler § 128 Rdn. 1; Koehler § 52 Anm. VIII; a. A. Ule, VwGO, § 128 Anm. I

7) das widerlegt auch Ules a. A., VwGO, § 128 Anm. I.

VwGO,¹⁾ EFGO und SGG. Es kann aber nicht nur für § 528 S. 2 Hbs. 2, sondern muß auch für den Hbs. 1 gelten, so daß § 528 S. 2 ZPO also in VwGO, EFGO und SGG entsprechend anwendbar ist.²⁾ Wird, wie oben vorgeschlagen,³⁾ die in § 512 a ZPO enthaltene Regelung in die drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand übernommen, so hat § 528 S. 2 auch hier wie in der ZPO⁴⁾ für die örtliche Zuständigkeit keine Bedeutung. Er betrifft dann nur die beiden Fälle, daß ein höheres Gericht in erster Instanz statt des Verwaltungs- (Finanz-, Sozial-) Gerichts entschieden hat und umgekehrt. Wegen der klaren Zuständigkeitsabgrenzung, die nur einzelne besondere Streitigkeiten den höheren Gerichten in erster Instanz zuweist,⁵⁾ sowie wegen der Verpflichtung, die Zuständigkeit in erster Instanz von Amts wegen zu prüfen,⁶⁾ werden beide Fälle praktisch kaum vorkommen. Angesichts dieser minimalen Bedeutung des § 528 S. 2 ZPO in VwGO, EFGO und SGG empfiehlt es sich nicht, ihn in diese Gesetze ausdrücklich zu übernehmen. § 528 S. 2 ZPO gilt somit und hat Bedeutung in ZPO und ArbGG. Er gilt entsprechend auch in VwGO, EFGO und SGG, doch ohne praktische Bedeutung, weshalb er hier nicht ausdrücklich zu übernehmen ist.

4. § 530 ZPO

a) Weil die Verhandlung vor dem Berufungsgericht diejenige der ersten Instanz fortsetzt, gelten die in erster Instanz vor Schluß der mündlichen Verhandlung eingetretenen Ausschlußwirkungen fort, was § 530, der im ArbGG entsprechend gilt,⁷⁾ für die Rüge von Prozeßmängeln ausdrücklich ausspricht.⁸⁾ Das Verhältnis des § 530 zu der neu vorgeschlagenen Bestimmung, nach der die Rüge eines wesentlichen Verfahrensmangels u. U. die Zulässigkeit der Berufung bedingen kann,⁹⁾ ist das gleiche wie bei § 528 S. 2.¹⁰⁾

1) Eyermann-Fröhler, § 128 Rdn. 1; Koehler § 52 Anm. VIII; a. A. Ule, VwGO, § 128 Anm. I.

2) über die §§ 173 VwGO, 133 EFGO und 202 SGG; Koehler § 52 Anm. VIII.

3) Sh. § 1 D III 2, S. 58 f.

4) Baumbach-Lauterbach, § 528 Anm. 2; Rosenberg, § 38 III 1 b ; Stein-Jonas-Schönke, § 528 Anm. III.

5) Vgl. §§ 47, 48, 50 VwGO, 40 EFGO, 39 II SGG.

6) Vgl. §§ 84 VwGO, 68 EFGO, 105 SGG.

7) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

8) Baumbach-Lauterbach, § 530 Anm. 1; Rosenberg § 137 III 1 a; Stein-Jonas-Schönke, § 530 Anm. I; Wieczorek, § 530 Anm. A.

9) Sh. o. § 1 E II, S. 82 ff.

10) Soeben 3 a, S. 159 .

Ist die Rüge nach § 530 unzulässig, kann sie nicht die Zulässigkeit der Berufung begründen.¹⁾

b) VwGO, EFGO und SGG haben § 530 ZPO nicht ausdrücklich. Auch in den von diesen Gesetzen beherrschten Verfahren setzt die Berufungsverhandlung diejenige der ersten Instanz fort.²⁾ Deshalb muß § 530 ZPO hier entsprechend gelten²⁾ dann, wenn in der ersten Instanz § 295 ZPO zur Anwendung kommt. Da grundsätzliche Verfahrensunterschiede nicht entgegenstehen, wird man diese Frage bejahen müssen.³⁾

§ 530 ZPO findet somit in VwGO, EFGO und SGG entsprechende Anwendung. Da er andernfalls in der Luft hängen würde, ist er so lange nicht ausdrücklich zu übernehmen, als dies nicht auch mit § 295 ZPO geschieht. Ob letzteres zu empfehlen ist, kann aber nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

5. § 532 ZPO

§ 532 ZPO über die Fortwirkung des im ersten Rechtszug abgelegten Geständnisses in zweiter Instanz ist ebenfalls Ausprägung des Grundsatzes der fortgesetzten Verhandlung.⁴⁾ Er gilt im ArbGG über § 64 II 1 entsprechend.⁵⁾ Dagegen gelten in VwGO, EFGO und SGG wegen des hier maßgeblichen Untersuchungsgrundsatzes schon in erster Instanz die Vorschriften der ZPO über die bindende Wirkung eines Geständnisses nicht. Aus diesem Grunde kann dann auch § 532 ZPO in diesen Gesetzen nicht entsprechende Anwendung finden oder gar ausdrücklich eingeführt werden. Eine Angleichung ist nicht möglich.

6. § 533 ZPO

a) Abweichend vom Grundsatz der fortgesetzten Verhandlung⁶⁾ gibt § 533 ZPO, der im ArbGG entsprechend gilt,⁷⁾ eine besondere Regelung für die

1) So für das SGG schon Mellwitz, § 150 Rdn. 10; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 3; vgl. auch BSG 3, 284, B.v. 12.9.1956.

2) über §§ 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG.

3) So für das SGG Mellwitz, Ergänzungsband 1958, § 150 Rdn. 10; Peters-Sautter-Wolff, § 150 Anm. 3; Rohwer-Kahlmann, § 202 Anm. 2 e; BSG 3, 284, B.v. 12.9.1956; BSG 4, 60 (64), U.v. 25.10.1956.

4) statt vieler: Wieczorek, § 532 Anm. A.

5) Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

6) Wieczorek, § 533 Anm. A.

7) § 64 II 1 ArbGG; Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

Parteivernehmung. § 533 I will verhindern, daß sich eine Partei angesichts des ihr ungünstigen Urteils erster Instanz leichtfertig über ihre früheren Bedenken gegen Aussage und Eid hinwegsetzen kann.¹⁾ § 533 II soll vermeiden, daß Parteieid gegen Parteieid steht.²⁾

b) VWGO, EFGO, SGG

Die VWGO kennt die Vernehmung und Beedigung eines Beteiligten.³⁾ Der Beteiligte kann auch hier Aussage und Eid verweigern, das Gericht zieht dann wie in der ZPO seine Schlüsse daraus.^{4) 5)} Auch gibt es Fälle, in denen die Beedigung eines Beteiligten - dies zu § 533 II ZPO - unzulässig ist.⁶⁾ Es ließen sich somit Anwendungsfälle für § 533 I und II ZPO auch in der VWGO denken. Die VWGO wird aber⁷⁾ vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen und erhebt dabei auch die Beweise von sich aus. Mit diesem Grundsatz dürfte es nicht vereinbar sein, wenn dem Gericht vorgeschrieben wird - wie es durch § 533 ZPO geschieht - wann es einen bestimmten Beweis erheben darf und wann nicht. Es mag sein, daß das Oberverwaltungsgericht im Sinne des § 533 ZPO vorgeht, weil es dies wegen der dieser Bestimmung zugrunde liegenden gesetzgeberischen Erwägungen⁸⁾ für zweckmäßig hält, gebunden aber ist es an § 533 ZPO nicht, er findet keine entsprechende Anwendung.⁹⁾ Aus den gleichen Gründen findet § 533 ZPO auch im EFGO keine entsprechende Anwendung, auf dessen besonderes Beweisrecht¹⁰⁾ im einzelnen daher gar nicht eingegangen zu werden braucht. Dies gälte endlich auch im SGG, wenn hier wegen der Unzulässigkeit der Parteivernehmung¹¹⁾ § 533 ZPO nicht von vorn-

1) Nikisch S. 483; Stein-Jonas-Schönke, § 533 Anm. I.

2) Nikisch S. 483; Stein-Jonas-Schönke, § 533 Anm. II; Wieczorek, § 533 Anm. B.

3) §§ 98 VwGO, 450 ff. ZPO, Eyermann-Fröhler § 96 Rdn. 8; Klinger § 96 Anm. B; Koehler § 96 Anm. III 2 e; Ule, VwGO, § 96 Anm. II.

4) §§ 98 VwGO, 453 II, 446 ZPO, Klinger § 98 Anm. A VI; Redeker-Oertzen § 98 Rdn. 21.

5) dies zu § 533 I.

6) §§ 98 VwGO, 452 IV, 455 II ZPO. Klinger § 98 Anm. A VI; Koehler, § 98 Anm. II 6.

7) § 86 I, vgl. § 96 I.

8) Sh. unter a).

9) Auch Koehler § 125 Anm. III führt ihn nicht als entsprechend anwendbar auf.

10) Vgl. § 71 I 2 EFGO.

11) weil § 118 SGG die §§ 445 - 477 ZPO nicht zitiert. Mellwitz, § 118 Rdn. 2; Peters-Sautter-Wolff, § 118 Anm. 4 e, 5; Rohwer-Kahlmann, § 118 Rdn. 2, 14; BSG NJW 57, 728, B. v. 31.10.1956.

herein ins Leere ginge.

Auch nach der Reform und evtl. Angleichung der Vorschriften über die Parteivernehmung¹⁾ wird in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand der Untersuchungsgrundsatz einer entsprechenden Anwendung oder Übernahme des § 533 ZPO entgegenstehen.

7. § 531 ZPO

a) Die Berufungsverhandlung erneuert diejenige der ersten Instanz, indem sie sie fortsetzt. Die schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz eingetretenen Ausschußwirkungen dauern in der Berufungsinstanz fort, nicht dagegen diejenigen, die erst durch den Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz eintreten.²⁾ Das spricht § 531 ZPO für die Unterlassung bzw. Verweigerung bestimmter Parteierklärungen,³⁾ über Tatsachen, Urkunden und Anträge auf Parteivernehmung aus. § 531 ZPO findet im ArbGG entsprechende Anwendung.⁴⁾

b) In den drei Gesetzen mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand findet § 531 ZPO weder de lege lata entsprechende Anwendung⁵⁾ noch hat es einen Sinn, ihn de lege ferenda zu übernehmen. An die Unterlassung oder Verweigerung der von § 531 ZPO betroffenen Parteierklärungen³⁾ knüpfen sich nämlich in diesen Gesetzen wegen der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes zum Teil nicht die gleichen Wirkungen wie in der ZPO.⁶⁾ zum Teil haben diese Erklärungen hier überhaupt keine Bedeutung, weil die Bestimmung, mit der die Erklärung in Zusammenhang steht, in VwGO, EFGO und SGG keine Anwendung findet.

§ 531 bleibt somit der ZPO vorbehalten und allein hier und im ArbGG anwendbar, nicht auch in VwGO, EFGO und SGG.

1) Vgl. dazu Rosenberg, § 121 II 3 und De With S. 188.

2) Baumbach-Lauterbach, § 530 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 525 Anm. I 2; § 530 Anm. I.

3) Vgl. §§ 138 II, III, 282 I, 426, 439 III, 510, 446 ZPO.

4) § 64 II 1 ArbGG; Dersch-Volkmar, § 64 Rdn. 33 a; Flatow-Joachim, § 64 Anm. 11 c cc.

5) a. A. - ohne Begründung - Koehler § 125 Anm. III 5.

6) das gilt für § 446 ZPO.

D. Das weitere Verfahren

I. Allgemeine Verweisung auf die erste Instanz

1. Naturgemäß regelt keines der untersuchten Gesetze das Berufungsverfahren im Rahmen der Berufungsbestimmungen im einzelnen erschöpfend, vielmehr wird in den §§ 523 ZPO, 64 II, III ArbGG, 125 I VwGO, 107 EFGO¹⁾ und 153 I SGG auf andere Vorschriften, insbesondere über das Verfahren im ersten Rechtszug, verwiesen. Es ist hier nicht der Ort, die dadurch zum Berufungsverfahren gezogenen Vorschriften im einzelnen auf ihre Angleichungsmöglichkeiten zu überprüfen. Das käme einer Untersuchung des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens gleich, die den Rahmen dieser Arbeit über das Berufungsverfahren bei weitem sprengen würde. Hier kann nur festgestellt werden, daß die untersuchten Verfahrensgesetze bereits darin übereinstimmen, daß sie das Verfahren, soweit es der Berufung nicht eigentümlich ist, durch Verweisung regeln.

2. Allerdings zeigen sich auch bei diesen Verweisungsbestimmungen einige kleinere Besonderheiten.

a) Das ArbGG kennt eine doppelte Verweisung. Es verweist einmal in § 64 II 1 auf die Vorschriften der ZPO über die Berufung, zum anderen erklärt es in § 64 III die meisten der von der ZPO abweichenden erstinstanzlichen Vorschriften des ArbGG für entsprechend anwendbar. Diese doppelte Verweisung ist berechtigt. Soweit die in § 64 III angezogenen Bestimmungen durch Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bedingt sind, gilt dies in der zweiten Instanz so gut wie in der ersten. Einer eigenen Untersuchung bei Überprüfung der erstinstanzlichen Verfahrensregelung allerdings wird es bedürfen, ob die in § 64 III ArbGG angezogenen Bestimmungen durch Besonderheiten des ArbGG wirklich alle erfordert werden.

b) Gewisse Unterschiede ergeben sich scheinbar bei den Verweisungsbestimmungen in Hinblick darauf, worauf, d.h. auf welche Gruppe von Vorschriften, verwiesen wird. Dies erklärt sich indessen aus dem verschiedenartigen Aufbau der einzelnen Gesetze und bedeutet inhaltlich keinen Unterschied: Die ZPO verweist nur auf die Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug. Daß die allgemeinen Vorschriften des 1. Buches - unmittelbar - anwendbar sind, ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes und braucht nicht eigens hervorgehoben zu werden. Die VwGO dagegen verweist in § 125 I auf den gesamten Teil II, der u. a. die allgemeinen Verfahrensvorschriften und

1) bei der Revision.

die Vorschriften über das Verfahren in erster Instanz enthält. In Hinblick auf den Aufbau der VwGO, der - wenig glücklich - die Rechtsmittel in Teil III getrennt von Teil II über das Verfahren regelt, ist dies folgerichtig. Das SGG endlich, in seiner Systematik noch unglücklicher, verweist in § 153 I nur auf die Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug, also einen Unterabschnitt des ersten Abschnitts. Gleichwohl hält man auch andere Unterabschnitte des 1. Abschnitts wegen seiner Überschrift "Gemeinsame Verfahrensvorschriften" für anwendbar.¹⁾ Dies ist indessen de lege ferenda ausdrücklich dadurch klarzustellen, daß in § 153 I generell auf die Vorschriften des 1. Abschnitts verwiesen wird. Die Anwendbarkeit des § 91 braucht in § 153 I überdies nicht ausdrücklich ausgenommen zu werden, seine Unanwendbarkeit ergibt sich auch so aus den Berufungsvorschriften.

c) Im EFGO ist bei Neuschaffung einer Berufsregelung ebenfalls eine entsprechende Verweisungsvorschrift²⁾ einzuführen.

3. Im Ergebnis ist also zu sagen, daß in allen Verfahren auf andere Bestimmungen verwiesen werden kann, soweit nicht eine spezifische Berufsregelung erforderlich ist. Im ArbGG bleibt es bei der Doppelverweisung.

II. Sonstige Verfahrensbestimmungen

Es bleiben noch einige besondere Bestimmungen über das Verfahren in der Berufungsinstanz zu besprechen.

1. Das Verfahren vor dem Einzelrichter in der Berufungsinstanz.

Wenn nach der ZPO in der Berufungsinstanz ein Verfahren vor dem Einzelrichter möglich ist,³⁾ nach der VwGO wenigstens im Ansatz ebenfalls,⁴⁾ nach EFGO und SGG dagegen nicht, so ist dies auf Unterschiede in den durch Verweisung⁵⁾ angezogenen Bestimmungen erster Instanz zurückzuführen. Es kann daher hier darauf nicht weiter eingegangen werden.⁶⁾

Die ZPO unterscheidet sich darin aber auch vom ArbGG, das in § 64 II 2 die Anwendbarkeit der Einzelrichtervorschriften ausdrücklich ausschließt. Dies ist indessen berechtigt, da das Verfahren vor dem Einzelrichter für die

1) Peters-Sautter-Wolff, § 153 Anm. 1; Rohwer-Kahlmann, § 153 Rdn. 3.

2) auf die Abschnitte II und III.

3) §§ 523, 523 a, 348 - 350 ZPO.

4) §§ 125 I, 87 S. 2 VwGO; vgl. Koehler § 87 Anm. III.

5) §§ 523 ZPO; 125 I VwGO, 153 I SGG, im EFGO noch zu schaffen.

6) Sh. o. I 1 S. 164 .

Arbeitsgerichtsbarkeit wegen der paritätischen Mitwirkung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern in den Gerichten¹⁾ nicht paßt.²⁾³⁾ Ein Angleichung zwischen ZPO und ArbGG könnte also nur dadurch erreicht werden, daß auch in der ZPO das Einzelrichterverfahren für die Berufungsinstanz ausgeschlossen wird.⁴⁾ Dafür könnte man geltend machen, daß es des Einzelrichterverfahrens in der Berufungsinstanz ohnehin nur ausnahmsweise bedarf,⁵⁾ weil die Streitigkeiten durch das vorangegangene Verfahren erster Instanz i. a. genügend vorbereitet sind.⁵⁾ Dafür könnte weiter sprechen, daß durch § 523 a die Befugnisse des Einzelrichters stark beschnitten sind,⁶⁾ so daß es nicht so viel Sinn hat, ihn überhaupt mit der Sache zu befassen. Wegen derjenigen Fälle, in denen eine weitere Sachaufklärung in tatsächlicher Beziehung noch nötig ist,⁷⁾ erscheint es dennoch besser, das Einzelrichterverfahren in der Berufungsinstanz für die ZPO beizubehalten⁸⁾ und zwar ohne die Einschränkung des § 523 a.⁸⁾ Als Begründung für § 523 a wird angeführt,⁹⁾ es solle dem vorgebeugt werden, daß der Einzelrichter eine kollegialgerichtliche Entscheidung abändert. Diesem Argument kann aber kein Gewicht beigemessen werden, da die Parteien gemäß § 349 III mit der Entscheidung durch den Einzelrichter ja einverstanden sein müssen.

Es wird also vorgeschlagen, das Einzelrichterverfahren in der Berufungsinstanz in der ZPO beizubehalten. Gesetzestechisch wird Aufrechterhaltung des § 64 II 2 ArbGG und Streichung des § 523 a ZPO empfohlen.

2. § 155 SGG

§ 155 SGG besagt, daß der Vorsitzende einen Teil seiner Aufgaben auf einen Berufsrichter seines Senats übertragen kann. Eine solche Vorschrift ist im SGG

1) § 35 II ArbGG.

2) Vgl. Flatow-Joachim, § 64 Anm. 12.

3) In erster Instanz findet es ebenfalls keine Anwendung: § 64 II verweist auf das amtsgerichtliche Verfahren!

4) dafür Reinberger JR 32, 103.

5) Baumbach-Lauterbach, § 523 a Anm. 1; Nikisch, S. 486; Reinberger, JR 32, 103; Rosenberg, § 137 IV 2; Stein-Jonas-Schönke, § 523 a Anm. I.

6) Rosenberg, § 137 IV 2; Wiczorek, § 523 a Anm. A I; teilweise a.A. allerdings Baumbach-Lauterbach, § 519 b Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 523 a Anm. II; Nikisch, S. 486.

7) Man bedenke auch § 529 I !

8) So auch Begründung zum EZPO 1931, S. 357.

9) Stein-Jonas-Schönke, § 523 a Anm. III.

im Gegensatz zu VwGO und EFGO¹⁾ erst in der Berufungsinstanz möglich,²⁾ weil erst hier in den Spruchkörpern neben dem Vorsitzenden weitere Berufsrichter beteiligt sind,³⁾ nicht schon in erster Instanz.⁴⁾ Die Bestimmung ist als zweckmäßig beizubehalten.

3. Vollstreckbarkeitserklärung des erstinstanzlichen Urteils (§ 534 ZPO).

a) § 534 I ZPO

Die ZPO läßt Abänderung der Berufungsanträge und Anschließung auch während des Berufungsverfahrens zu. Aus diesem Grunde wird der nicht angegriffene Teil des Urteils nicht nach Ablauf der Berufungsfrist, sondern erst mit Rechtskraft der Endentscheidung rechtskräftig.⁵⁾ Um die Nachteile dieser Hemmungswirkung für die in erster Instanz siegreiche Partei auszuschließen⁶⁾ und um auf eine zeitige Stellung der endgültigen Anträge hinzuwirken,⁷⁾ sieht § 534 I die Möglichkeit vor, das erstinstanzliche Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, soweit es nicht angefochten ist. Im ArbGG gilt über § 64 II 1 § 534 I ZPO entsprechend, doch beschränkt sich seine Anwendbarkeit hier auf die Fälle, in denen das erstinstanzliche Urteil entgegen § 62 I 1 nach § 62 I 2 ausnahmsweise nicht vorläufig vollstreckbar ist.⁸⁾

§ 534 I ZPO muß über die §§ 173 VwGO und 133 EFGO auch in diesen Gesetzen anwendbar sein,⁹⁾ denn auch sie kennen das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit¹⁰⁾ und für den Eintritt der Rechtskraft bei teilweise angefochtenen Urteilen gilt das gleiche wie in der ZPO.¹¹⁾ Unanwendbar ist § 534 I ZPO dagegen im SGG, weil dieses eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht vorsieht.¹²⁾ Auch in VwGO und EFGO hat § 534 I ZPO keine Bedeutung bei der

1) Vgl. §§ 87 S. 1, 103 II VwGO, 72 I 1, 80 II EFGO. Vgl. auch § 272 b I ZPO.

2) Mellwitz, § 155 Rdn. 2; Peters-Sautter-Wolff, Anm. zu § 155.

3) § 33 SGG.

4) § 12 I SGG.

5) Stein-Jonas-Schönke, § 534 Anm. I; Wieczorek, § 534 Anm. A.

6) Baumbach-Lauterbach, § 534 Anm. 1 (Redaktionsversehen BfgsK1 statt "Berufungsbeklagten"); Stein-Jonas-Schönke, § 534 Anm. I.

7) Begründung zum EZPO, Hahn S. 357.

8) Stein-Jonas-Schönke, § 534 Anm. V; Wieczorek, § 534 Anm. D I.

9) So für die VwGO Koehler § 125 Anm. III 6.

10) § 167 VwGO mit §§ 704 ff. ZPO; § 133 EFGO mit §§ 704 ff. ZPO, vgl. auch amtliche Begründung zu § 133 EFGO.

11) Eyermann-Fröhler § 124 Rdn. 18.

12) § 198 II SGG.

großen Zahl der Anfechtungsstreitigkeiten, da es hier nicht auf die Vollstreckbarkeit des gerichtlichen Urteils, sondern die Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts ankommt,¹⁾ die eine eigene Regelung erfahren hat.²⁾ Da § 534 I ZPO im übrigen sowieso nur Fälle einer teilweisen Anfechtung betrifft, wird wegen seines geringen Anwendungsbereichs seine ausdrückliche Übernahme in VwGO und EFGO nicht empfohlen.

b) § 534 II ZPO

§ 534 II ZPO will verhindern, daß die in erster Instanz unterlegene Partei versucht, das Streitverfahren in Hinblick auf die drohende Zwangsvollstreckung hinzuziehen.³⁾ Er ist nur anzuwenden, wenn dem neuen Vorbringen nicht schon nach § 529 II, III ZPO wegen grober Nachlässigkeit die Zulassung zu versagen ist.⁴⁾ Für das ArbGG ergeben sich nach der oben⁵⁾ vorgeschlagenen Streichung des § 67 ArbGG keine Besonderheiten mehr.⁶⁾

Unanwendbar ist § 534 II ZPO aus den schon soeben unter a) angegebenen Gründen im SGG und auch in VwGO und EFGO bei den Anfechtungsstreitigkeiten, denn in diesen kommt es auf die Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts an.⁷⁾ Auch im übrigen hat § 534 II ZPO von vornherein in den vom Untersuchungssatz beherrschten Verfahren eine weit geringere Bedeutung als in der ZPO.⁸⁾ Auch in diesen Verfahren trifft aber die Beteiligten eine gewisse Mitwirkungspflicht,⁸⁾ an deren Verletzung schon Sanktionen geknüpft werden können.⁹⁾ Deshalb wird man annehmen müssen, daß nach der derzeitigen Regelung die Vollstreckbarkeitserklärung nach § 534 II ZPO über §§ 173 VwGO und 133 EFGO bereits möglich ist,¹⁰⁾ allerdings wohl nur bei Prozeßverschleppungsabsicht, da die Anwendung auch der zweiten Modalität des § 534 II ZPO¹¹⁾ eine Überspannung der Mitwirkungspflicht der Beteiligten

1) deshalb § 167 II VwGO.

2) Vgl. §§ 80 VwGO, 67 EFGO.

3) Stein-Jonas-Schönke, § 534 Anm. II.

4) Wieczorek, § 534 Anm. B. Der EZPO 1931 sah wegen § 529 II, III den § 534 II als überflüssig an, vgl. Begrdg. zum EZPO 1931, S. 358.

5) C III 2, S. 154 f.

6) § 64 II 1 ArbGG.

7) Vgl. § 167 II VwGO.

8) Vgl. o. C III 1 S. 153 f.

9) wenn auch nicht der Ausschluß des neuen Vorbringens, sh. o. C III 1, S. 154 .

10) für die VwGO Koehler § 125 Anm. III 6.

11) schon einfache Nachlässigkeit!

bedeuten würde. § 534 II ZPO ist also zwar anwendbar, aber nur auf einem sehr engen Bereich; die Kostenvorschriften der §§ 155 V VwGO, 117 V EFGO wirken überdies bereits einer Prozeßverschleppung entgegen. Die ausdrückliche Übernahme des § 534 II ZPO in VwGO und EFGO wird daher nicht empfohlen.

c) Ergebnis:

§ 534 ZPO gilt de lege ferenda voll über § 64 II 1 auch im ArbGG. Er findet ferner in geringem und unbedeutendem Umfang in VwGO und EFGO entsprechende Anwendung, doch wird seine Übernahme nicht empfohlen.

E. Das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz

I. § 542 ZPO findet über § 64 II 1 im ArbGG entsprechende Anwendung.¹⁾

II. In VwGO, EFGO und SGG fehlt derzeit eine Regelung. Mit der teilweisen Übernahme des Versäumnisverfahrens²⁾ wird dessen Normierung aber auch für die Berufungsinstanz notwendig.

Zweifelsfrei muß in der Berufungsinstanz ein Versäumnisurteil gegen den Berufungskläger zulässig sein, denn dieses ist - wie in erster Instanz das Versäumnisurteil gegen den Kläger - Ausfluß der Dispositionsmaxime.³⁾ Wie der Berufungskläger durch Rücknahme und Verzicht über die Berufung disponieren kann, so kann er es auch durch Totalversäumnis der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. Dabei ist - wie im Eheprozeß⁴⁾ - gleichgültig, welche Parteirolle der Berufungskläger in erster Instanz innehatte.

Unzulässig ist dagegen in den vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren mit öffentlichem Streitgegenstand ein Versäumnisurteil gegen den Berufungsbeklagten, das ohne Beweisaufnahme auf Grund einer Geständnisfiktion ergehen müßte.⁵⁾ Die Geständnisfiktion erwächst dem Verhandlungs-

1) Stein-Jonas-Schönke, § 542 Anm. I; Wieczorek, § 542 Anm. D. Im Versäumnisverfahren gilt allerdings wie in erster Instanz de lege lata über § 64 III noch die Sonderregelung des § 59.

2) Sh. o. § 1 F, S. 86.

3) Es ist daher auch im Eheprozeß unbeschränkt zulässig, Rosenberg, § 161 VI 1; Stein-Jonas-Schönke, § 618 Anm. VI 1.

4) Baumbach-Lauterbach, § 618 Anm. 2 E a; Rosenberg, § 161 VI 1; Stein-Jonas-Schönke, § 618 Anm. VI 1; Wieczorek, § 618 Anm. B I a 2 u. B II b.

5) Vgl. § 542 II ZPO.

grundsatz und ist daher hier nicht möglich.¹⁾

Allerdings sind Fälle denkbar, in denen das Berufungsgericht den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt für vollständig und nicht mehr ergänzungsbedürftig hält und in denen dieser Sachverhalt entweder zweifelsfrei ist oder das Berufungsgericht mit der Beweiswürdigung des Erstgerichts übereinstimmt. Es sind Fälle, in denen Entscheidungsreife ohne Geständnisfiktion besteht. Trotzdem ist hier bei Säumnis des Berufungsbeklagten nur eine Entscheidung nach Aktenlage,²⁾ nicht aber ein Versäumnisurteil möglich. Die Entscheidung ergeht nämlich überhaupt nicht auf Grund der Säumnis des Berufungsbeklagten, sondern auf Grund der Entscheidungsreife trotz seiner Säumnis.³⁾ Sie hätte bei Anwesenheit des Berufungsbeklagten ebenso zu ergehen. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Berufungsbeklagte hier wegen seiner Säumnis die Möglichkeit des Einspruchs⁴⁾ haben soll, wo ihm bei Anwesenheit nur das übliche Rechtsmittel zustünde.

Im Ergebnis ist in VwGO, EFGO und SGG somit nur gegen den nicht erschienenen Berufungskläger, nicht auch den Berufungsbeklagten, ein Versäumnisurteil möglich. Da die künftige ausdrückliche Regelung erster Instanz nur das Versäumnisurteil gegen den Kläger vorsehen wird,⁵⁾ kann für die Beru-

1) Deshalb verbietet im Eheprozeß auch § 617 ZPO in der Regel den

Erlaß eines VU gegen den Berufungsbeklagten nach § 542 II;

Vgl. Rosenberg, § 161 VI 1; Schwab NJW 59, 731 unter 4 b;

Stein-Jonas-Schönke, § 618 VI 2.

2) nach einheitlicher Regelung im Sinne Knolls (S. 61) auch ohne vorherige mündliche Verhandlung.

3) Ob es Wesensmerkmal des VU ist, daß es auf Grund der Säumnis ergeht, ist für den Zivilprozeß umstritten. Dafür seit der 8. Aufl. Rosenberg, § 106 III; Nikisch S. 300; Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 2 vor § 330; dagegen Baumbach-Lauterbach, Übersicht 3 A vor § 330; Riechert ZZP 71, 346; Schwab, NJW 59, 731 unter 4 a; jeweils mit Rspr. - Nachweisen.

4) Vgl. in diesem Zusammenhang aber Riechert ZZP 71, 344 f; Schwab NJW 59, 730 unter 4 a; Rosenberg, § 161 VI 1; OLG München NJW 55, 1075, U. v. 9. 11. 1954, die im Eheprozeß ein Versäumnisurteil gegen den Berufungsbeklagten dann für zulässig halten, wenn es allein auf Grund des "festgestellten Sachverhältnisses" (§ 542 II ZPO) ergeht, weil hier eine Geständnisfiktion nicht in Betracht komme. A. A. offenbar Stein-Jonas-Schönke, § 618 Anm. VI 2.

5) Sh. o. § 1 F, S. 86 und Knoll S. 57.

fungsinstanz die entsprechende¹⁾ Anwendung der erstinstanzlichen Versäumnisregelung angeordnet werden.

III. Ergebnis:

In der ZPO bleibt es bei der bisherigen Regelung, die auch im ArbGG gilt, in VwGO, EFGO und SGG ist eine mit § 542 I ZPO wörtlich übereinstimmende Vorschrift einzufügen.

1) so daß für "Kläger" zu lesen sein wird "Berufungskläger".

§ 8. Die Entscheidung auf die Berufung

A. Gegenstand der Entscheidung

Was den Gegenstand der Entscheidung betrifft, d.h. die Fragen, in welchem Rahmen eine Entscheidung zu treffen ist¹⁾ und über welche Streitpunkte in diesem Rahmen zu entscheiden ist, so kann auf die beiden oben formulierten Bestimmungen verwiesen werden, die zur einheitlichen Einführung in alle behandelten Verfahren vorgeschlagen wurden.²⁾ Wird diesen Vorschlägen gefolgt, besteht hinsichtlich des Gegenstands der Entscheidung bereits eine einheitliche Regelung.

B. Entscheidung durch das Berufungsgericht oder Zurückverweisung

I. Die möglichen Entscheidungen³⁾

Ist die Berufung unzulässig, so wird sie durch Beschluß oder Urteil verworfen. Ist sie zulässig, so wird über ihre Begründetheit erkannt. Die unbegründete Berufung wird durch Endurteil zurückgewiesen. Ist die Berufung dagegen begründet, so ist das Urteil der ersten Instanz aufzuheben, das Berufungsgericht fällt die kassatorische Entscheidung (iudicium rescindens). All dies ist unproblematisch. Fragen wirft die reformatorische Entscheidung (iudicium rescissorium) bei Begründetheit der Berufung auf. Grundsätzlich ist auch sie - logisch nach der kassatorischen, praktisch mit ihr im selben Urteil - vom Berufungsgericht zu treffen. Das ergibt sich aus den beiden soeben unter A angezogenen Bestimmungen,⁴⁾ die sich (auch) mit der Entscheidung des Berufungsgerichts befassen. Ausnahmsweise aber trifft das Berufungsgericht bei Begründetheit der Berufung nur die kassatorische, nicht auch die reformatorische Entscheidung; ihretwegen verweist es die Sache zurück an die erste Instanz. Wann das geschieht, ist noch uneinheitlich geregelt und daher im folgenden zu behandeln.

1) was Streitbereich, Streitgegenstand ist.

2) Sh. o. § 7 B IV, S. 149 und § 7 C II 3, S. 152 .

3) Vgl. etwa Rosenberg § 138 I.

4) formuliert unter § 7 B IV und C II 3, S. 149 und 152 .

II. Die Zurückverweisung

Einschlägig sind die §§ 538, 539, 540 ZPO, 68 ArbGG, 130 VwGO, 159 SGG.

1. ZPO, ArbGG

§ 538 ZPO mit § 540 gilt an sich im ArbGG über § 64 II 1 entsprechend.¹⁾
Unanwendbar ist jedoch de lege lata § 538 I Nr. 3²⁾ wegen § 61 V ArbGG.²⁾
Mit der vorgeschlagenen Streichung des § 61 V³⁾ entfällt diese Besonderheit.
Unanwendbar ist weiter § 538 I Nr. 4⁴⁾ ZPO, da das Urkundenverfahren nach
§ 46 II 2 ArbGG ausgeschlossen ist.

Im Gegensatz zu § 539 ZPO schließt ferner § 68 ArbGG die Zurückverweisung wegen eines Mangels im erstinstanzlichen Verfahren aus. Grund für diese Regelung ist das im ArbGG besonders betonte Beschleunigungsprinzip,⁵⁾ dem gegenüber der Gedanke, daß der Partei keine Instanz verloren gehen soll, in den Hintergrund getreten ist. Man sollte jedoch wenigstens die Möglichkeit nicht völlig ausschließen, den Parteien eine ordnungsgemäße erste Tatsacheninstanz zu erhalten, wenn sie durch einen wesentlichen Verfahrensmangel zunächst um diese gekommen sind. Dies erlangt vor allem Bedeutung, wenn die Verfahrensmängel besonders schwerwiegend sind oder wenn sie in der Berufungsinstanz nicht behoben werden können. In diesem zweiten Fall hat man teilweise schon bisher eine Durchbrechung des § 68 ArbGG für zulässig gehalten.⁶⁾ Nach den bisherigen Erfahrungen⁷⁾ wird man erwarten können, daß die Praxis von der Zurückverweisungsmöglichkeit einen sparsamen Gebrauch machen wird und nicht leichtfertig Verfahrensverzögerungen herbeiführen wird, wo der Mangel in der Berufungsinstanz leicht wiedergutmacht werden kann.

Es wird daher vorgeschlagen, § 68 ArbGG zu streichen. Das ArbGG unterscheidet sich dann von der ZPO nur noch in der Unanwendbarkeit des § 538 I Nr. 4.⁸⁾

1) Dietz-Nikisch, § 68 Rdn. 4; Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. XI; Wieczorek, § 539 Anm. D.

2) Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. XI 1; Wieczorek, § 538 Anm. E I.

3) Sh. o. § 1 C I 4, S. 56, Knoll S. 44 ff, 49.

4) Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. XI 2; Wieczorek, § 538 Anm. E II.

5) Dersch-Volkmar, § 68 Rdn. 1; Dietz-Nikisch, § 68 Rdn. 3; Begründung zu § 68 EArbGG, RdA 51, 466.

6) So Stein-Jonas-Schönke, § 539 Anm. V 1; Dietz-Nikisch, § 68 Rdn. 13 mit weiteren Nachweisen.

7) Vgl. Dersch-Volkmar, § 68 Rdn. 1; Wieczorek, § 539 Anm. A II.

8) Sh. auf dieser Seite oben.

2. VwGO, EFGO, SGG

§ 130 I VwGO und § 159 I SGG stimmen bereits überein, die derzeit noch unterschiedliche Fassung der Nr. 1 bedeutet keinen sachlichen Unterschied.¹⁾ Die erwähnten Bestimmungen könnten auch in die Berufungsregelung des EFGO übernommen werden, so daß innerhalb der drei Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand nichts mehr anzugleichen wäre.

3. Gegenüberstellung ZPO, ArbGG und VwGO, EFGO, SGG

a) Zurückverweisungsmöglichkeit oder -zwang?

Die §§ 130 VwGO und 159 SGG stellen die Zurückverweisung in das Ermessen des Berufungsgerichts. Nach der ZPO dagegen war früher die Zurückverweisung im Falle des § 538 obligatorisch und nur im Fall des § 539 ins Ermessen gestellt. Nunmehr gestattet aber § 540²⁾ auch in den Fällen des § 538³⁾ die Selbstentscheidung durch das Berufungsgericht, wenn dieses sie für sachdienlich hält.⁴⁾ Somit steht praktisch bereits in allen Gesetzen die Zurückverweisung im Ermessen des Berufungsgerichts. Bei dieser Rechtslage hat es zu bleiben, da so das Berufungsgericht am ehesten die Form der Entscheidung wählen kann, die der Eigenart des Falles am besten gerecht wird.⁵⁾ Dabei wird zweckmäßig herauszustellen sein, daß die Zurückverweisung in den im einzelnen bezeichneten Fällen nur bei Sachdienlichkeit möglich ist. Die redaktionell unglückliche Regelung der ZPO in §§ 538 - 540 wird zusammenzufassen sein.

-
- 1) denn für eine Zurückverw. kommen nur die Fälle in Betracht, in denen i. Falle d. Nr. 1 aus prozessualen Gründen die erste Instanz abgewiesen hatte, nicht diejenigen, in denen das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung in einem Zwischenurteil bejaht worden war; sh. unter 3b aa, S. 175 f.
 - 2) eingeführt durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12. 9. 1950, BGBI. I 475.
 - 3) hinsichtlich § 539 ist § 540 überflüssig, Baumbach-Lauterbach, § 540 Anm. 1.
 - 4) RG VZS 70, 179 (184) B. v. 19. 10. 1908 ging noch davon aus, daß bei Prozeßabweisung in erster Instanz (Fall des § 538 I Nr. 2) das Berufungsgericht nicht in der Sache entscheiden könne, da insoweit überhaupt keine Devolutivwirkung eingetreten sei (§ 537!). Aus rechtslogischen Gründen habe daher d. Gesetzgeber i. Falle d. § 538 Nr. 2 d. Zurückverw. anordnen müssen. Bei Schaffung d. § 540 war man hierin offenbar bereits a. A. Für umfassenden Devolutiveffekt vgl. auch BGH 27, 15 ff. (28), U. v. 3. 3. 1958. Vgl. auch Stein-Jonas-Schönke § 540 Anm. I 1 (nicht ganz korrekt) und sogleich unter b, aa.
 - 5) Fälle, in denen die Zurückverweisung nicht sachdienlich ist, sh. bei Schönke-Schröder-Niese, S. 394 unter 4 a.

b) Fälle der Zurückverweisungsmöglichkeit

aa) Mangelnde Sachentscheidung erster Instanz (§§ 538 I Nr. 2 ZPO, 130 I Nr. 1 VwGO, 159 I Nr. 1 SGG).

Die §§ 130 I Nr. 1 VwGO, 159 I Nr. 1 SGG betreffen lediglich Fälle, in denen das erstinstanzliche Urteil nur über Prozeßvoraussetzungen befunden hat. ¹⁾ Ule ²⁾ ist beizupflichten, wenn er im Gegensatz zu einigen Gerichtsentscheidungen ³⁾ einer Ausweitung des § 130 I Nr. 1 VwGO über diese Fälle hinaus entgegentritt. § 538 I Nr. 2 ZPO spricht zwar nur von prozeßhindernden Einreden, doch hängt dies mit der in dieser Hinsicht verfehlten Terminologie der ZPO ⁴⁾ zusammen, auch diese Bestimmung betrifft aber alle Prozeßvoraussetzungen, ⁵⁾ insofern besteht kein Unterschied gegenüber VwGO und SGG. In diesem Rahmen sind die im folgenden bezeichneten Anwendungsfälle möglich:

Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, die Klage sei aus prozessualen Gründen abzuweisen, so hat das zu geschehen, gleich, ob das Erstgericht schon dieselbe Auffassung hatte oder ob dieses in einem Zwischenurteil das Vorliegen der Prozeßvoraussetzung bejaht hatte, die nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben ist; für eine Zurückverweisung ist kein Raum. Bejaht das Erstgericht das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung in einem Zwischenurteil ⁶⁾ und bestätigt das Berufungsgericht diese Auffassung, so wird die Berufung zurückgewiesen und damit hat es sein Bewenden. Eine Zurückverweisung ist nicht möglich, weil das Urteil der ersten Instanz nicht aufgehoben wird ⁷⁾ und sie ist nicht nötig, weil der Rechtsstreit im übrigen ohnehin nicht an das Berufungsgericht gelangt, sondern noch in erster Instanz

1) Zutreffend für die VwGO Eyermann-Fröhler § 130 Rdn. 2;

Klinger § 130 Anm. C 1 a; Ule, VwGO, § 130 Anm. I 1;
für das SGG Mellwitz, § 159 Rdn. 3; Peters-Sautter-Wolff,
§ 159 Anm. 1 a; Rohwer-Kahlmann, § 159 Rdn. 4.

2) VwGO, § 130 Anm. I 1.

3) Sh. bei Ule, VwGO, § 130 Anm. I 1; unrichtig auch Redeker-Oertzen,
§ 130 Rdn. 4.

4) § 274 II !

5) H. M.; Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 3 B; Rosenberg, § 138 III 1 a;
Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. IV; RG VZS 70, 179 (185 f.),
B. v. 19.10.1908; RGZ 158, 145 (153), U. v. 25.8.1938; BGHZ 14, 11
(14), U. v. 4.6.1954, vgl. auch Wiczorek, § 538 Anm. C II b.

6) zu dessen Anfechtbarkeit sh. o. § 1 C I 2 a, S. 53.

7) Rosenberg, § 138 III 1 a; BGHZ 27, 15 (26 f), U. v. 3.3.1958.

anhängig ist.¹⁾ Es bleiben die Fälle, daß das Erstgericht die Klage als unzulässig abgewiesen oder die Sache an ein anderes Gericht verwiesen hatte²⁾ und das Berufungsgericht der Auffassung ist, die Klage sei vor dem angerufenen Gericht zulässig. Grundsätzlich hat hier das Berufungsgericht selbst in der Sache zu entscheiden. In diesen Fällen ist es indessen häufig zweckmäßig, wenn jetzt erst einmal die erste Instanz in die sachliche Prüfung eintritt, nicht gleich die Berufungsinstanz, da sonst den Parteien praktisch eine Instanz verloren ginge. Da der Rechtsstreit in der ersten Instanz nicht mehr anhängig ist, bedarf es dazu der Zurückverweisung, die nur auf Grund der positiven Vorschrift der §§ 538 Nr. 2 ZPO, 130 I Nr. 1 VwGO etc. möglich ist. Wenn diese Bestimmungen somit nur für den Fall einen Sinn haben, daß das Erstgericht durch Prozeßurteil abgewiesen hatte bzw. die Sache wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges an ein anderes Gericht verwiesen hatte, so sollte man dies auch künftig in einer neuen einheitlichen Formulierung zum Ausdruck bringen.³⁾

§ 538 II ZPO betrifft richtiger Ansicht nach⁴⁾ nur den Fall, in dem in erster Instanz Prozeßabweisung erfolgt war.⁵⁾ Er will sicherstellen, daß eine Zurückverweisung nicht erfolgt, bevor die Zulässigkeit der Klage festgestellt ist.⁶⁾ Dies ist indessen so naheliegend, daß es nicht eigens normiert zu werden braucht. Das ausdrückliche Erfordernis der Sachdienlichkeit bei Zurückverweisung genügt, um ein unzumutbares Vorgehen in dieser Hinsicht zu verhindern. § 538 II ZPO kann daher entfallen.

bb) § 538 I Nr. 5 ZPO

Auch in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand ist ein Versäumnisurteil, nämlich gegen den Kläger, möglich. Trotzdem kennen diese Verfahren keine dem § 538 I Nr. 5 ZPO entsprechende Bestimmung.

1) Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 3 B; Rosenberg, § 138 III 1 a; RG VZS 70, 179 (183), B. v. 19.10.1908; BGHZ 27, 15 (27), U. v. 3.3.1958; unrichtig Stein-Jonas-Schönke, § 540 Anm. I 1.

2) Ule, VwGO, § 130 Anm. I 1; vgl. §§ 17 III GVG; 48 a III ArbGG; 41 III VwGO; 37 III EFGG; 52 III SGG.

3) Formulierungsvorschlag sh. u. IV, S. 181.

4) BGHZ 27, 15 (26 ff.), U. v. 3.3.1958 i. Ggs. zu Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 3 B; Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. IV 2; weitere Lit. BGH aaO.

5) oder - seit Einführung des neuen § 17 GVG durch § 178 VwGO - Verweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges.

6) BGH aaO Fußn. 4).

In den §§ 130 I Nr. 1 VwGO, 159 I Nr. 1 SGG ist dieser Fall nicht enthalten, da das VU in der Sache selbst entscheidet,^{1) 2)} wenn auch ohne kontradiktorische Verhandlung. Über die generellen Verweisungsvorschriften kommt § 538 I Nr. 5 ZPO nicht zur Anwendung, da die §§ 130 I VwGO und 159 I SGG erschöpfende Regelungen enthalten. Die Zurückverweisungsmöglichkeit des § 538 I Nr. 5 ZPO ist aber zweckmäßig, da es zu einer eigentlichen Verhandlung der Sache in erster Instanz wegen des Versäumnisverfahrens noch nicht gekommen war. § 538 I Nr. 5 ZPO wird daher zur Übernahme in VwGO, EFGO und SGG empfohlen.

cc) § 538 I Nr. 1 ZPO

Das gleiche wird für § 538 I Nr. 1 ZPO vorgeschlagen; die Ausführungen unter bb) gelten hier im wesentlichen entsprechend.

dd) § 538 I Nr. 3 ZPO

Wie in ZPO und ArbGG, so soll de lege ferenda auch in den Verfahren mit öffentlich-rechtlichem Streitgegenstand die Möglichkeit eines Grundurteils ausdrücklich vorgesehen werden.³⁾ Eine Bestimmung wie § 538 I Nr. 3 ZPO, die sie bisher nicht kennen, wird dann auch in diesen Verfahren sinnvoll. Die derzeitige Fassung des § 538 I Nr. 3 bedarf allerdings einer Überprüfung. Hält das Berufungsgericht in Übereinstimmung oder im Gegensatz zum Erstgericht die Klage für unbegründet, bleibt es bei bzw. kommt es zur Klageabweisung, eine Zurückverweisung kommt nicht in Betracht. Sie kommt aber auch nicht in Frage, wenn das Berufungsgericht das Grundurteil erster Instanz bestätigt. Zumindest ist die Zurückverweisung hier unnötig,⁴⁾ denn das Betragsverfahren ist noch in erster Instanz anhängig. Deshalb darf auch das Berufungsgericht nicht über den Betrag entscheiden, selbst wenn der Streit insoweit entscheidungsreif ist. § 538 I Nr. 3 Hbs. 2 ZPO, der das de lege lata noch gestattet, verstößt gegen den beschränkten Devolutiveffekt und ist daher als systemwidrig⁵⁾ zu streichen. Gerade wegen der Entscheidungsreife wird

1) Nicht ganz glücklich daher die Formulierung bei Rosenberg, § 138 III 1 a und Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. I 2, dafür, was der gemeinsame Grundgedanke der Fälle des § 538 ZPO sei.

2) Zur Frage, ob ein VU ein Prozeßurteil sein kann, vgl. o. Fußn. 3 auf S. 170 .

3) Sh. o. § 1 C I 4, S. 55 f, Knoll S. 49.

4) Rosenberg, § 138 III 1 a, Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. V 3.

5) Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 3 F; Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. V 4; RGZ 132, 103 (104), U. v. 14.3.1921; vgl. auch Wieczorek, § 538 Anm. C III a 3.

dies nur geringe Verzögerungen bringen und kann daher hingenommen werden. Für die Zurückverweisung bleibt somit nur der Fall, daß das Erstgericht die Klage abgewiesen hatte und das Berufungsgericht dem Grunde nach stattgeben will. Dies wird bei der künftigen einheitlichen Fassung zum Ausdruck zu bringen sein.¹⁾

ee) § 538 I Nr. 4 ZPO ist im ArbGG nicht entsprechend anwendbar²⁾ und in VwGO, EFGO und SGG nicht übertragbar, weil diese Verfahren keinen besonderen Urkundenprozeß kennen. Die Bestimmung bleibt daher als Besonderheit der ZPO. Allerdings wird auch sie neu zu fassen sein. Bei Bestätigung des Vorbehaltsurteils ist die Zurückverweisung unnötig, weil nur das Vorverfahren in der Berufungsinstanz angefallen ist.³⁾ Die Zurückverweisung hat nur Sinn, wenn das Erstgericht die Klage abgewiesen hatte und das Berufungsgericht Vorbehaltsurteil erlassen will. Gerade hier war die Zulässigkeit der Zurückverweisung bisher streitig.⁴⁾ Sie wird de lege ferenda klarzustellen sein.⁵⁾

ff) Wesentliche Verfahrensmängel (§§ 539 ZPO, 130 I Nr. 2 VwGO, 159 I Nr. 2 SGG).

Nach Angleichung untereinander⁶⁾ stimmen alle untersuchten Gesetze bereits darin überein, daß bei Vorliegen eines wesentlichen Mangels im Verfahren erster Instanz Aufhebung und Zurückverweisung möglich ist. In VwGO, EFGO und SGG wird die Regelung der ZPO ausdrücklich zu übernehmen sein, daß bei Aufhebung und Zurückverweisung auch das Verfahren des ersten Rechtszuges aufzuheben ist, soweit es durch den Mangel betroffen wird.⁷⁾

gg) Bekanntwerden neuer Tatsachen oder Beweismittel (§§ 130 I Nr. 3 VwGO, 159 I Nr. 3 SGG).

Nur die Verfahren mit öffentlichem Streitgegenstand sehen in den genannten Bestimmungen die Möglichkeit der Zurückverweisung dann vor, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden. Die Bestimmung soll die sachliche Prüfung des gesamten Prozeßstoffs in zwei Instanzen ermöglichen und der

1) Formulierungsvorschlag sh. unten IV, S. 181 .

2) Sh. o. 1, S. 173 .

3) Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 3 C; Rosenberg, § 138 III 1 a; Wieczorek, § 538 Anm. C IV b.

4) Dafür Rosenberg, § 138 III 1 a mit Rspr. -Nachweisen, dagegen Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. VI.

5) Formulierungsvorschlag sh. unten IV, S. 181 .

6) Sh. o. unter II 1 und 2.

7) Formulierungsvorschlag sh. u. IV, S. 181 .

Entlastung des Berufungsgerichts dienen. Dazu ist jedoch zu sagen, daß der Rechtsstreit hinsichtlich aller Streitpunkte in die zweite Instanz devolviert wird bei Berufungseinlegung, soweit die prozessualen Ansprüche in die zweite Instanz gelangen,¹⁾ Hinsichtlich der einzelnen Streitpunkte gibt es grundsätzlich kein Recht auf zwei Instanzen,²⁾ sondern nur hinsichtlich der prozessualen Ansprüche³⁾ und selbst hier wird der Grundsatz durch Zulassung von Klageänderung und Widerklage in der Berufungsinstanz durchbrochen. Freilich machen auch die schon behandelten Fälle der Zurückverweisungsmöglichkeit eine Ausnahme von der umfassenden Anfallswirkung. Sie liegen aber alle besonders; in einer Weise, die die Ausnahme entschuldigt: Das Verfahren war mangelhaft;⁴⁾ in der Sache war überhaupt nicht⁵⁾ oder ohne weitere Prüfung⁶⁾ entschieden; oder es handelt sich um Fälle, in denen das Gesetz eine Entscheidung über einzelne Streitpunkte vorsieht.⁷⁾ Kein solcher Fall liegt aber hier vor. Richtig ist, daß die Zurückverweisung eine Entlastung des Berufungsgerichts bewirkt. Für die Oberverwaltungsgerichte dürfte das noch mehr ins Gewicht fallen als für die Oberlandesgerichte, weil sie wegen ihrer geringeren Zahl noch mehr als diese neben den Parteiinteressen auch der Rechtsprechungseinheit und Fortentwicklung des Rechts dienen. Trotzdem sind sie Tatsacheninstanzen und können solchen Zielen nur in dem dadurch gesteckten Rahmen dienen. Die Zurückverweisungsmöglichkeit bei neuem Prozeßstoff gäbe ihnen nur Gelegenheit, sich ihres Tatsachencharakters in wachsendem Maße zu entäußern, um sich ausschließlicher Zielen zu widmen, für die doch in erster Linie das Revisionsgericht da ist. Weil jede Zurückverweisung eine Prozeßverzögerung und -verteuerung bedeutet,⁸⁾ ginge dies auf Kosten der im Einzelfall Beteiligten. Im ganzen gesehen, dürfte somit mehr für die Abschaffung der Zurückverweisungsmöglichkeit bei neuen Tatsachen oder Beweismitteln sprechen.

-
- 1) Vgl. die oben § 7 C II 3 S. 152 vorgeschlagene neue einheitliche Bestimmung, die in der ZPO § 537 ablöst.
 - 2) deshalb empfiehlt auch Ule, VwGO, § 130 Anm. I 3, bei § 130 I Nr. 3 VwGO größte Zurückhaltung.
 - 3) Wie Fußn. 1. Vgl. auch Stein-Jonas-Schönke, § 537 Anm. I.
 - 4) §§ 539 ZPO, 130 I Nr. 2 VwGO, 159 I Nr. 2 SGG.
 - 5) §§ 538 I Nr. 2 ZPO, 130 I Nr. 1 VwGO, 159 I Nr. 1 SGG.
 - 6) § 538 I Nr. 1, 5 ZPO.
 - 7) § 538 I Nr. 3, 4 ZPO.
 - 8) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 539 Anm. 1; Rosenberg, § 138 III 2; RG HRR 39, Nr. 488, U. v. 2.2.1939; Klinger, § 130 Anm. C 4; Koehler, § 130 Anm. II 3.

Die Streichung der § 130 I Nr. 3 VwGO und § 159 I Nr. 3 SGG wird daher vorgeschlagen.

III. Die Bindung des Untergerichts bei Zurückverweisung

Bei Zurückverweisung ist das Gericht erster Instanz an die rechtliche Beurteilung, die das Berufungsgericht seiner Aufhebung zugrunde gelegt hat, gebunden.¹⁾ Dies gilt in der ZPO,²⁾ obwohl es im Rahmen der Berufungsvorschriften nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sei es nun auf Grund analoger Anwendung des § 565 II ZPO,³⁾ sei es wegen der Stellung des Erstgerichts im Instanzenzug.⁴⁾ § 159 II SGG regelt es ausdrücklich und ebenso § 130 II VwGO. Die Fassung des letzteren ist allerdings etwas unglücklich, da bei ihr der Eindruck entstehen könnte, das Erstgericht sei auch an die beiläufig angestellten rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts gebunden,⁵⁾ was die Bestimmung jedoch auch hier nicht ausdrücken soll.⁶⁾ Im EFGO kann nichts anderes gelten.

Die einheitliche Rechtslage kann durch eine einheitliche Bestimmung in allen Verfahren zum Ausdruck gebracht werden.⁷⁾

IV. Ergebnis:

Es wird vorgeschlagen, an die Stelle der §§ 538, 539, 540 ZPO, 130 VwGO und 159 SGG die im folgenden formulierte Bestimmung zu setzen und sie in den EFGO neu einzuführen. Im ArbGG, dessen § 68 zu streichen ist, wird sie über § 64 II 1 anwendbar sein.

1) Nicht dagegen an die sonst vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen.

2) und natürlich auch im ArbGG.

3) Rosenberg, § 138 III 3; Wieczorek, § 538 Anm. B IV a.

4) Baumbach-Lauterbach, § 538 Anm. 1; Stein-Jonas-Schönke, § 538 Anm. IX 2.

5) Vgl. oben bei Fußn. 1).

6) Vgl. Begründung zu § 129 II des Entwurfs, wonach die Bestimmung inhaltlich dem § 90 II VO Nr. 165 entspreche. Eyermann-Fröhler, § 130 Rdn. 9; Redeker-Oertzen § 130 Rdn. 8.

7) Vgl. Formulierungsvorschlag sogleich unter IV !

§ 8

- (I) Das Berufungsgericht kann, sofern es dies für sachdienlich hält, durch Urteil die angefochtene Entscheidung aufheben und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen:
1. wenn durch das angefochtene Urteil die Klage als unzulässig abgewiesen oder die Sache wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges an ein anderes Gericht verwiesen ist;
 2. wenn das angefochtene Urteil ein Versäumnisurteil ist;
 3. wenn durch das angefochtene Urteil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
 4. wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen ist;
 5. wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet;
 6. wenn im Falle eines im Urkunden- oder Wechselprozeß geltend gemachten Anspruchs durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen ist.¹⁾
- (II) Im Falle der Nr. 5 ist auch das Verfahren aufzuheben, soweit es von dem Mangel betroffen wird.
- (III) Das Gericht erster Instanz hat die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

C. Weiterer Inhalt des Berufungsurteils

I. Revisionszulassung

Soll auch de lege ferenda die Revision noch kraft Zulassung durch das Beru-

1) Nr. 6 nur in der ZPO; auch im ArbGG nicht entsprechend anwendbar.

fun gsgericht zulässig sein,¹⁾ was zu erwarten steht,²⁾ so hat die Regelung der Frage, wann das Berufungsgericht die Revision zulassen kann oder muß, bei den Vorschriften über das Berufungsurteil zu erfolgen. Hier gehört sie sachlich hin,³⁾ nicht zu den Revisionsbestimmungen. Dort ist nur zu sagen, daß die Revision kraft Zulassung zulässig ist, nicht, wann die Zulassung zu erfolgen hat. Wie die Regelung über die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht auszusehen hat und ob hier eine Angleichung möglich ist, das zu klären, muß einer Untersuchung über die Revision überlassen bleiben. Hier kann nur herausgestellt werden, daß diese Regelung einheitlich in allen behandelten Verfahrensgesetzen bei den Vorschriften über den Inhalt des Berufungsurteils zu erfolgen hat, etwa in folgender Weise:

Das Berufungsgericht kann im Urteil die Revision
zulassen, wen Es hat die Revision zuzulassen,
wenn ...

II. Wertfestsetzung

§ 69 II ArbGG sieht die Neufestsetzung des Streitwerts im Urteil vor, falls er sich seit der Festsetzung im Ersturteil⁴⁾ geändert hat. Die Vorschrift ist darauf zurückzuführen, daß sich im ArbGG de lege lata die Zulässigkeit von Wertberufung und Wertrevision nicht nach dem Beschwerdewert, sondern nach dem festgesetzten Streitwert richtet.⁵⁾ Die Parteien sollen sogleich aus dem Urteil dessen Rechtsmittelfähigkeit erkennen können.⁶⁾

Für die Berufungsfähigkeit wurde bereits oben⁷⁾ eine Änderung dieser Rechtslage vorgeschlagen, welche die Streitwertfestsetzung im erstinstanzlichen Urteil überflüssig macht.⁷⁾ Geht man künftig auch für die Revisionsfähigkeit aus ähnlichen Erwägungen nicht mehr vom Streitwert, sondern vom Beschwerdewert aus, entfällt auch im Berufungsurteil die Notwendigkeit der Streitwertfestsetzung. Andernfalls bliebe sie als Besonderheit des ArbGG.

1) Vgl. jetzt §§ 546 ZPO; 69 III, 72 I ArbGG; 132 VwGO; 98 EFGG;
162 I Nr. 1 SGG.

2) dafür Dapprich JR 60, 403.

3) Richtig bisher nur das ArbGG, § 69 III.

4) § 61 II ArbGG.

5) §§ 64 I, 72 I 4 ArbGG.

6) Flatow-Joachim, § 64 Anm. 6.

7) Vgl. § 1 D IV 3 S. 65.

D. Die Form des Berufungsurteils

I. Die zweckmäßige Vorschrift des § 543 ZPO über die Möglichkeit einer Bezugnahme auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ist schon de lege lata über die generellen Verweisungsvorschriften¹⁾ in allen untersuchten Verfahrensgesetzen anwendbar.²⁾ Ihre ausdrückliche Übernahme in VwGO, EFGO und SGG ist nicht erforderlich.

II. Daß die §§ 69 I ArbGG und 153 II SGG über die Unterzeichnung des Urteils durch eine neue einheitliche Vorschrift im Rahmen der Regelung über Urteile und andere Entscheidungen abgelöst werden können, hat bereits Knoll³⁾ erarbeitet. Darauf kann hier verwiesen werden.

Im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren kann die Regelung des § 91 II 1 über die Unterzeichnung des Beschlusses durch eine Verweisung auf die neue einheitliche Bestimmung ersetzt werden.

E. Aktenübersendung

§ 544 II ZPO über die Aktenübersendung an das Erstgericht gilt entsprechend in ArbGG,⁴⁾ VwGO⁵⁾ und EFGO,⁶⁾ das SGG enthält sogar eine ausdrückliche Bestimmung entsprechenden Wortlauts. Es genügt jedoch auch in diesem Gesetz die Anwendbarkeit von § 544 II ZPO über § 202 SGG, so daß § 152 II SGG entfallen kann.

1) §§ 64 II 1 ArbGG, 173 VwGO, 133 EFGO, 202 SGG.

2) so für die VwGO Koehler § 125 Anm. III 8.

3) Sh. Abs. II der von ihm auf S. 105 vorgeschlagenen Bestimmung.

4) § 64 II 1 ArbGG.

5) § 173 VwGO.

6) § 133 EFGO, natürlich erst nach Einführung der Berufungsinstanz.

ZUSAMMENFASSUNG

Bei den angestellten Untersuchungen wurde herausgestellt, daß der Berufungsinstanz als einer zweiten Tatsacheninstanz im Verfahrensaufbau aller einbezogenen Gesetze eine bedeutsame Rolle zukommt. Aus praktischen Gründen lassen sich dennoch Einschränkungen der Berufung auch künftig nicht umgehen. Diese Einschränkungen können zwar nicht in ihrer Intensität, jedoch in ihrer Methode teilweise aneinander angeglichen werden. Weiter ist eine nahezu völlige Angleichung möglich bei den Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung, über ihre Einlegung, Begründung und Zurücknahme, über die Anschlußberufung, über den Beginn des Berufungsverfahrens, über die Abgrenzung des Streitbereichs in der Berufungsinstanz und über die Entscheidung auf die Berufung. Bei den Bestimmungen über den Streitstoff steht der Gegensatz zwischen Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz einer Angleichung zum Teil entgegen. Eine Reihe weiterer, weniger wichtiger Bestimmungen der ZPO über das Berufungsverfahren ist einer Angleichung unzugänglich. Im ganzen hat sich gezeigt, daß die Möglichkeiten einer Verfahrensangleichung auf dem Gebiet der Berufung groß sind, allerdings auch, daß ihnen bei einigen wichtigen Bestimmungen, vor allem über die Berufungseinschränkungen und über den Streitstoff, Grenzen gesetzt sind. Schon diese Grenzen lassen es zweifelhaft erscheinen, ob es möglich sein wird, alle Gesetze zu einem einzigen Verfahrensgesetz für alle Gerichtszweige zusammenzufassen. Hierüber und darüber, ob es zweckmäßig sein wird, wenigstens für die beiden Verfahrensböcke je ein Verfahrensgesetz zu schaffen, oder ob es besser sein wird, unter Beibehaltung mehrerer Verfahrensgesetze nur ihre größtmögliche Angleichung anzustreben, wird sich ein endgültiges Urteil aber erst dann fällen lassen, wenn über alle Verfahrensabschnitte derartige Untersuchungen vorliegen, wie sie hier für die Berufung versucht worden ist.

LEBENS LAUF

Am 21. 4. 1935 wurde ich als zweites Kind des Rechtsanwalts Otto Grimm und seiner Ehefrau Marie, geb. Grimm, in Roth b. Nbg. geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in meiner Geburtsstadt trat ich im Herbst 1945 in die Oberrealschule Weißenburg i. Bay. ein. Dort legte ich nach Abschluß der neunten Klasse im Juni 1953 die Reifeprüfung ab.

Mit dem Wintersemester 1953/54 begann ich das Studium der Rechte an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen. Vom Wintersemester 1954/55 bis zum Wintersemester 1955/56 studierte ich an der Ludwig-Maximilian-Universität in München. Im Sommersemester 1956 kehrte ich nach Erlangen zurück und unterzog mich dort nach dem siebenten Studiensemester der ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 17. Juli 1957 mit der Prüfungsgesamtnote "gut" (= 2,75) bestand.

Seit dem 17. August 1957 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare in Bayern.

